مكتبة الأسرة المسلمة

علاء الخضري

الزواج والطلاق
وحقوق الأولاد والصغار

نور الدين أبو لحية



مكتبة الأسرة المسلمة

الزواج والطلاق

وحقوق الأولاد والصغار

نور الدين أبو لحية



دار الكتاب الحديث

1430 هـ / 2009 م



القاهرة	القاهرة ص.ب 7579 البريدي 11762 هاتف رقم – مدينة نصر –94 شارع عباس العقاد : 22752990 (202 00) فاكس رقم : 22752992 (202 00) بريد إلكتروني : **dkh_cairo@yahoo.com**
الكويت	13088 الصفاه هاتف رقم 2460634 –شارع الهلالي ، برج الصديق ص.ب : 22754 (965 00) فاكس رقم : 2460628 (965 00) بريد إلكتروني : **ktbhades@ncc.moc.kw**
الجزائر	B. P. No 061 – Draria Wilaya d'Alger– Lot C no 34 – Draria Tel&Fax(21)353055 Tel(21)354105 E-mail_ **dkhadith@hotmail.com**

رقم الايداع	2008/10890
I.S.B.N	977- 350-109 - 0

مقدمة

حاولنا في هذا الجزء من السلسلة أن نتحدث عما يمكن تسميته (ضوابط الحماية في الفقه الإسلامي)[1]. فكما أن هناك أولادا يعيشون في أسر عادية، لهم أب يحميهم ويرعاهم، وأم تمدهم بحنانها وعطفها، وهم الأعم الأغلب[2]، لكن هناك أيضا أولاد حرموا هذه الرعاية الأسرية بهذه الصفة، وصاروا محلا لأن تختطفهم الأيادي الآثمة أو الشوارع المنحرفة.

لذلك جاءت التشريعات الرحيمة الكثيرة لتسد هذه الخلة، وتردع القصور عن هذه الفئة المستضعفة، فتمدها بما يحميها من آثام الأيدي، وانحراف الشوارع.

والقرآن الكريم ـ الذي هو المصدر الأول للتشريع ـ مليء بالنصوص الدالة على ضرورة الاهتمام بهذه الفئة، وإعطاء حقوقها، لذلك كان البحث عن السبل التي تحقق هذا الأمر القرآني ضروريا، ولا يحققه مثل النظر المقاصدي الذي يراعي مقاصد القرآن الكريم من الاهتمام بهذه الفئة.

وقد حصرنا ـ بحسب القسمة العقلية، وبحسب استقراء الأحكام الشرعية ـ هذه الفئة المستضعفة التي تحتاج إلى حماية خاصة في ثلاثة أنواع:

اللقطاء: وهم الذين ليست لهم أسر على الإطلاق، فلا يعرفون لهم أبا ولا أما، وهم أشد الفئات حاجة، وأكثرهم قصورا.

اليتامى: وهم الذين فقدوا أحد الأركان التي يأوون إليها، وهو المتكفل بحمايتهم والنفقة عليهم.

أبناء الأسر المنفصلة: وهم الأولاد الذين يعيش آباؤهم وأمهاتهم، ولكنهم منفصلون عن بعضهم، بحيث يضطر الابن لأن يعيش عند أحدهما، وهم كذلك من القاصرين، لأنهم لا يعيشون حياة عادية كسائر الأولاد.

---

(1) وهو أساس مهم من أسس الفقه المقاصدي، باعتباره يراعي جلب المصالح، ودرء المفاسد، أو يحمي من المفاسد الحاصلة أو المتوقعة.

(2) فلذلك كنا نخاطب في الأجزاء الماضية من هذه المجموعة هذين الوالدين الشفيقين.

ونعتذر ـ هنا ـ على استعمال هذا الاصطلاح في هذا المحل، وسببه أنا لم نجد مصطلحا خاصا بهؤلاء في الفقه الإسلامي.

والذي دعانا إلى استعماله هو أن الفقهاء عادة يعبرون بهذا اللفظ عن كل ما لا يصل إلى درجته المثالية، فيجعل الحنفية والمالكية مثلا العلة في عدم تخيير المحضون ـ وهو من انفصل أبوه عن أمه ـ هي لقصور عقله الداعي إلى قصور اختياره)[1].

ولا يمنعنا من استعمال هذا المصطلح أنه يستعمل أحيانا كثيرة على الأولاد عموما، كما يستعمل مع كل الفئات المستضعفة، لأن تقييد الأولاد بكونهم قاصرين فيه هذه الدلالة الخاصة التي أشرنا إليها.

---

(1) الموسوعة الفقهية: 11/75.

الفصل الأول

الحقوق الشرعية للَّقيط

سنتناول في هذا الفصل أكثر الفئات القاصرة قصورا، وأشدها ضعفا، وهم اللقطاء، لنبين من خلاله المدى الذي راعته الشريعة في الحفاظ على حقوقهم، ونصحح الأخطاء الكثيرة التي تجعل هذه الفئة المستضعفة مجرمة(1) مع أنه لا ذنب لها، ولا جريرة تتحملها، بل هي ضحية من الضحايا تحتاج حماية لا نقدا، وعونا لا عتابا، وسلوكا إيمانيا رحيما، لا سلوكا جاهليا أثيما.

وقد حاولنا حصر حقوق اللقطاء بحسب ما ورد في التشريع الإسلامي إلى تسعة حقوق، هي:

1. الحرية.
2. النسب.
3. الدين.
4. النفقة.
5. التملك.
6. الحقوق المدنية.
7. حفظ العرض.
8. الحماية.
9. الحفظ من التنازع.

وقد خصصنا لكل حق منها مبحثا خاصا، مقدمين لذلك بتعريف اللقيط وبيان حكم التقاطه.

(1) حتى إن هناك أحاديث كثيرة وضعت تنفر من اللقطاء، وتعتبرهم مجرمين، وهي للأسف تنتشر، وكأنها بديهيات مع أنها كذب مناقض للقرآن الكريم، ومناقض للسنة ومناقض للشريعة السمحة العادلة، ومن ذلك ما روي في الحديث المكذوب: (لا يدخل الجنة ولد زنى ولا ولده ولا ولد ولده)، ومنها ما روي أن (أولاد الزنى يحشرون يوم القيامة في صورة القردة والخنازير).

حقيقة اللقيط وحكم التقاطه:

تعريف:

لغة: هو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول، وهو الملقوط وهو الملقى أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما أنه يؤخذ فيرفع.

اصطلاحا: هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى، أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة[1].

وعرفه ابن عرفة: بأنه (صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه)[2].

وعرفه في الفتاوى الهندية بأنه (اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم)[3].

ومن أسمائه المنبوذ، وقد فرق بعضهم بين المنبوذ واللقيط: فخص المنبوذ بمن طرح عندما ولد وشأنه فيمن كان ولد زنا، أما اللقيط فهو ما طرح في الشدائد والحرب لا عندما ولد، ولهذا قال مالك فيمن قال لرجل يا منبوذ: (لا يعلم منبوذ إلا ولد الزنا)[4].

حكم التقاطه:

اتفق الفقهاء على وجوب التقاط اللقيط، وأن وجوبه على الكفاية، إذا قام به واحد سقط عن الباقين، فإن تركه الجماعة، أثموا كلهم، إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه، بل اعتبر ابن حزم التقصير في ذلك من قتل النفس بغير حق، قال: (إن وجد صغير منبوذ ففرض على من بحضرته أن يقوم به ولا بد، لقول الله تعالى: ﴿ ... **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى**

---

(1) تسميته لقيطا باسم العاقبة؛ لأنه يلقط عادة أي: يؤخذ ويرفع، وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى: (وَدَخَلَ مَعَهُ السِّجْنَ فَتَيَانِ قَالَ أَحَدُهُمَا إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْراً) (يوسف: من الآية36) وقال الله تعالى: (إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ) (الزمر: 30)، والعرب تسمي العنب خمرا والحي الذي يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة، انظر: بدائع الصنائع: 6/197.

وهو من جهة أخرى من باب التفاؤل بالتقاطه بخلاف تسميته منبوذا.

(2) شرح حدود ابن عرفة: 432.

(3) الفتاوى الهندية: 2/285.

(4) شرح حدود ابن عرفة: 432.

﴿... الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٢﴾﴾ (المائدة)، وقال تعالى: ﴿... وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ... ﴿٣٢﴾﴾ (المائدة)[1].

ثم بين الأثر المترتب على التقصير في هذا الحكم بهذا الأسلوب المؤثر، فقال: (ولا إثم أعظم من إثم من أضاع نسمة مولودة على الإسلام - صغيرة لا ذنب لها - حتى تموت جوعا وبردا أو تأكله الكلاب هو قاتل نفس عمدا بلا شك، وقد صح عن رسول الله ﷺ: (من لا يرحم الناس لا يرحمه الله)[2].

ومن أدلة هذا الحكم زيادة على ما ذكر ابن حزم:

1. ما روي من ذلك أن رجلا أتى عليا رضي الله عنه بلقيط فقال: (هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا)، عد جملة من أعمال الخير.. فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة في الندب إليه.

2. أن فيه إحياء نفسه، فكان واجبا، كإطعامه إذا اضطر، وإنجائه من الغرق.

3. روي عن سنين أبي جميلة، قال: وجدت ملفوفا، فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي: يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح. فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم. قال فاذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته.

الحق الأول: حرية اللقيط:

اتفق الفقهاء على أن اللقيط حر، بل حكي الإجماع على ذلك، قال ابن المنذر: (أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر)[3]، ثم ذكر من روي عنه ذلك فذكر (عمر وعلي وعمر بن عبد العزيز، والشعبي والحكم، وحماد، ومالك، والثوري والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ومن تبعهم).

وقد استدل ابن حزم لهذا بقوله: (واللقيط حر ولا ولاء عليه لأحد لأن الناس كلهم أولاد آدم وزوجه حواء عليهما السلام وهما حران وأولاد الحرة أحرار بلا خلاف من أحد فكل أحد

---

(1) المحلى: 7/132.

(2) البخاري عن جرير كتاب الأدب (8/12)، ومسلم كتاب الفضائل رقم (2319) عن جرير بن عبد الله.

(3) انظر: المغني: 6/35، كشاف القناع: 6/392، المهذب: 434. فتح الوهاب: 1/458، وغيرها.

فهو حر إلا أن يوجب نص قرآن، أو سنة ولا نص فيهما يوجب إرقاق اللقيط ﴾(1) .

وروي عن الحسن بن علي أنه قضى بأن اللقيط حر، وتلا قوله تعالى : ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ ۝٢٠﴾ (يوسف) وهو استدلال قوي من القرآن الكريم.

ولم يخالف في هذا الحكم إلا النخعي الذي فرق بين من التقطه للحسبة، فهو حر، وبين من التقطه ليسترقه، فنص بأن ذلك له، وهو قول لا يصح اعتباره لوجهين:

1 . أنه شذ فيه عن الخلفاء والعلماء الذين اتفقوا على حرية اللقيط.

2 . أن الأصل في الآدميين الحرية، لأن الله تعالى خلق آدم وذريته أحرارا، وإنما الرق لعارض، فإذا لم يعلم ذلك العارض، فله حكم الأصل.

ومع ذلك فإنا نرى لقول النخعي وجها مقبولا لا يخرجه عن إجماع العلماء، وهو أن الملتقط إن لم تكن له الرحمة التي تدفعه لالتقاطه لوجه الله، فلا بأس أن يلتقطه ليسترقه، فحياته مع العبودية التي قد ترفع عنه خير من بقائه على تلك الصفة.

ومثل هذا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أن ولاء اللقيط لملتقطه، فقد ذكر أنه وجد منبوذ في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأتي به إليه، فقال له عمر: (هو حر، وولاؤه لك، ونفقته من بيت المال) .

وهذا مع أن الولاء مرتبط بصحة الاسترقاق، كما قال رسول الله ﷺ : (إنما الولاء لمن أعتق)، وإنما فعل عمر رضي الله عنه ذلك من باب الترغيب في الالتقاط.

ولاء اللقيط:

بعد اتفاق الفقهاء على حرية اللقيط اختلفوا في جواز ولائه على قولين:

القول الأول: اللقيط لا يوالي أحدا، ولا يرثه أحد بالولاء، وهو قول مالك والشافعي وأصحابهما، قال مالك: (الأمر عندنا في المنبوذ أنه حر، وأن ولاءه لجماعة المسلمين، هم يرثونه ويعقلون عنه)(2) .

---

(1) المحلى: 8/274.

(2) نقلا عن: القرطبي: 9/234.

واستدلوا على هذا بقوله ﷺ: (وإنما الولاء لمن أعتق)[1]، فنفى الولاء عن غير المعتق.

القول الثاني: اللقيط يوالي من شاء، فمن ولاه فهو يرثه ويعقل عنه، وهو قول عطاء، وابن شهاب وطائفة من أهل المدينة، وأبي حنيفة وأصحابه وأكثر الكوفيين.

وروي عن علي رضي الله عنه: (المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالي الذي التقطه والاه، وإن أحب أن يوالي غيره والاه، وهو حر).

بل له ـ عند أبي حنيفة ـ أن ينتقل بولائه حيث شاء، ما لم يعقل عنه الذي والاه، فإن عقل عنه جناية لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه أبدا.

قال السرخسي في توجيه ذلك والتفريق بين ولاية اللقيط الاختيارية وولاية العبد المعتق الحتمية: (فإن قيل: هو بالالتقاط والتربية قد أحياه فينبغي أن يثبت له عليه الولاء كما يثبت للمعتق بالإعتاق الذي هو إحياء حكما (قلنا) هذا ليس في معنى ذلك لأن الرقيق في صفة مالكية المال هالك، والمعتق محدث فيه لهذا الوصف، واللقيط كان حيا حقيقة، ومن أهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محييا له حقيقة ولا حكما فلا يثبت له عليه ولاء ما لم يعاقده عقد الولاء بالبلوغ)[2].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني بناء على ما ورد من ذلك عن السلف الصالح رضي الله عنهم، ولأن في ذلك مصلحة للقيط، فيصير الولاء عصبة له تنوب عن عصبة أقاربه، وقد أشار إلى هذا قوله ﷺ: (الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب)[3].

ميراث اللقيط:

وهي من المسائل المتفرعة عن الولاء، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أنه لا توارث بينه وبين ملتقطه، وهو قول الجمهور، واستدلوا بما سبق ذكره من أدلة على عدم صحة الولاء.

(1) مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم 8.

(2) المبسوط: 10/213.

(3) الحاكم، وابن ماجه، والبيهقي عن ابن عمر.

القول الثاني : أن ميراثه لملتقطه عند عدم نسبه، وقد نسبه ابن القيم إلى إسحاق بن راهويه، وقد رأينا أنه قول كثير من الفقهاء على اعتباره مولى، وقد رجح هذا القول ابن القيم، واستدل له بالقياس على ميراث المعتق، ومن وجوه الشبه التي ذكرها :

1. أن إنعام الملتقط على اللقيط بتربيته والقيام عليه والإحسان إليه ليس بدون إنعام المعتق على العبد بعتقه فإذا كان الإنعام بالعتق سببا لميراث المعتق مع أنه لا نسب بينهما فكيف يستبعد أن يكون الإنعام بالالتقاط سببا له مع أنه قد يكون أعظم موقعا وأتم نعمة.
2. أن الملتقط ساوى المسلمين في مال اللقيط وامتاز عنهم بتربية اللقيط والقيام بمصالحه وإحيائه من الهلكة، فمن محاسن الشرع ومصلحته وحكمته أن يكون أحق بميراثه.

قال ابن القيم بعد ذكره لهذه الوجوه : (وإذا تدبرت هذا وجدته أصح من كثير من القياسات التي يبنون عليها الأحكام، والعقول أشد قبولا له فقول إسحاق في هذه المسألة في غاية القوة، والنبي ﷺ كان يدفع الميراث بدون هذا كما دفعه إلى العتيق مرة، وإلى الكبر من خزاعة مرة، وإلى أهل سكة الميت ودربه مرة، وإلى من أسلم على يديه مرة، ولم يعرف عنه ﷺ شيء ينسخ ذلك، ولكن الذي استقر عليه شرعه تقديم النسب على هذه الأمور كلها، وأما نسخها عند عدم النسب فمما لا سبيل إلى إثباته أصلا) [1].

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني بناء على ما ذكر من أدلة، زيادة على أن مصالح اللقيط مرتبطة بهذا، بل إن فيه تشجيعا على التقاط اللقيط وعدم التفريط فيه.

الحق الثاني: حق اللقيط في النسب:

اتفق الفقهاء على حق اللقيط في النسب بشرط أن يكون نسبا صحيحا، لا مجرد دعوى لحرمة التبني في الشريعة الإسلامية، قال ابن قدامة : (إن كان المدعى رجلا مسلما حرا، لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه) [2] وذلك لأن هذا الإقرار مصلحة محضة للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه.

(1) حاشية ابن القيم: 8 / 84.

(2) المغني: 6 / 43.

وفي هذه الحالة إن كان المقر به ملتقطه، ترك في يده، وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده، كما لو قامت به بينة.

كفر المدعى:

اختلف الفقهاء فيما لو كان المدعي كافرا على قولين:

القول الأول: يلحق به، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك.
2. أنه أقر بنسب مجهول النسب، يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار بغيره فيثبت إقراره، كالمسلم.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في اتباع اللقيط لدين الملتقط الكافر على رأيين:

الرأي الأول: يلحق به من النسب لا في الدين ولا حق له في حضانته، وهو قول أحمد وأحد قولي الشافعي، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن هذا حكم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب.
2. أنها دعوى تخالف الظاهر، فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه.
3. أنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضرارا به، فلم تقبل كدعوى الرق.
4. أن مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر، فقبل قوله فيه.
5. أنه لا يجوز قبوله فيما هو أعظم الضرر والخزى في الدنيا والآخرة.

الرأي الثاني: يتبعه في دينه، إلا أنه يحال بينه وبينه، وهو أحد قولي الشافعي، لأن كل ما لحقه في نسبه يلحق به في دينه كالبينة.

القول الثاني: لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه، وهو قول أبي ثور.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو البحث والتحري عن حقيقة انتسابه إلى هذ الكافر بالطرق الشرعية، فإن ظهر أنه والده سلم إليه ليربيه كما يرى، فلا يحال بينه وبينه.

ويضاف إلى هذا البحث عن سبب خروجه من يده ورميه ليصبح لقيطا.

أما الإسلام، فإن الشرع لم يأمرنا بالدعوة إلى الإسلام بهذا الأسلوب، وهو أن نحرم الأبناء من آبائهم، وإنما أمرنا بالدعوة، وأن نكون مواضع قدوة، ونحسب أن هذا السلوك سيكون منفرا، للأب والابن على حد سواء.

أنوثة المدعي:

اختلف الفقهاء فيما لو كان مدعي نسب اللقيط امرأة على قولين:

القول الأول: أنه دعواها تقبل ويلحقها نسبه، وهو رواية عن أحمد، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وعلى هذا فإنه يلحق بها دون زوجها [1] لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، ومثل ذلك ما لو ادعى الرجل نسبه، فإنه لا يلحق بزوجته [2]، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما، فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى، وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما.
2. أنه يمكن أن يكون منها كما يمكن أن يكون ولد الرجل، بل أكثر لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنى دون الرجل.
3. أنها أحد الأبوين فيثبت النسب بدعواها، كالأب.
4. أن إمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل، فإنه تمكنه البينة أن هذا ولد على فراشه.

القول الثاني: أنه لا يلحق بها إن كان لها زوج لم يقر بنسبه، أما إن لم يكن لها زوج، فإنه تقبل دعواها، وهو رواية عن أحمد، وهو وجه لأصحاب الشافعي، وذلك لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة، وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به.

القول الثالث: اشتراط البينة في ثبوت نسبه منها، وهو قول الثوري، والشافعي و أبي ثور وأصحاب الرأي، وهو رواية عن أحمد، بل نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، فقال:

---

(1) لأنها يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجودا قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر.

(2) لأن الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى.

(أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة)، واستدلوا على ذلك بأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو التحري في مدى صحة الدعوى، بالطرق التي ذكرناها، فإن صدقت دعواها سلم ابنها إليها رضي زوجها، أو لم يرض، لأنه لا يحق لأحد أن يحول بين الابن وأمه بأي سبب.

وقد نظر بعض الفقهاء هنا إلى الضرر الذي قد يصيب أولياء المرأة بسبب ادعائها لابنها[1] ، وهو نظر مقاصدي جميل، ولكن لا ينبغي أن نهمل الضرر الحاصل لابنها، أو الحاصل لها، ولعله أهم من الضرر الحاصل لأوليائها.

ثبوت نسب اللقيط بالعلاقة غير الشرعية:

سبق ذكر هذه المسألة في مباحث النسب، ونعيد ذكرها هنا لأهميتها، ولعلاقتها بهذا الباب:

فقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوت النسب بالعلاقة غير الشرعية، وهي الزنا على قولين:

القول الأول: ثبوت نسب ابن الزنا لأمه دون أبيه، وهو قول جمهور العلماء، بل اتفقت على القول به المذاهب الفقهية المختلفة، حتى اعتبر عند بعضهم من الإجماع الذي لا يرقى إليه شك، قال ابن عبد البر: (فنفى أن يلحق في الإسلام ولد الزنى، وأجمعت الأمة على ذلك نقلا عن نبيها ﷺ وجعل رسول الله ﷺ كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقا به على كل حال إلى أن ينفيه بلعان على حكم اللعان)[2] .

وسننقل هنا بعض النصوص المثبتة لهذا القول من المذاهب الفقهية المختلفة، والمبينة لأسباب القول بعدم الثبوت:

---

(1) كما نقل الكوسج عن أحمد في امرأة ادعت ولدا: إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة، وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم، ويتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل. انظر: المغني: 6/44.

(2) التمهيد: 8/183.

قال الجصاص: (الزانية لا نسب لولدها من قبل الأب؛ إذ ليس بعض الزناة أولى به لحاقه به من بعض، ففيه قطع الأنساب ومنع ما يتعلق بها من الحرمات في المواريث والمناكحات وصلة الأرحام وإبطال حق الوالد على الولد وما جرى مجرى ذلك من الحقوق التي تبطل مع الزنا، وذلك قبيح في العقول مستنكر في العادات ولذلك قال النبي ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) لأنه لو لم يكن النسب مقصورا على الفراش وما هو في حكم الفراش لما كان صاحب الفراش بأولى بالنسب من الزاني وكان ذلك يؤدي إلى إبطال الأنساب وإسقاط ما يتعلق بها من الحقوق والحرمات)[1].

وقد نص الإمامية على أن النسب يثبت مع النكاح الصحيح، ومع الشبهة ولا يثبت مع الزنا، فلو زنى فانخلق من مائه ولد على الجزم، لم ينتسب إليه شرعا[2].

قال في شرح النيل: (إن ولد الزنى لا يلحق بأبيه في الإسلام، أي لا يلحق بمن زنى بأمه في الإسلام إن زنى في الإسلام بها وسماه أبا لأن الولد بحسب الظاهر من مائه، قال ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)، والعاهر: الزاني)[3].

وقد ذكر ابن القيم أن لهذا القول زيادة على الحديث السابق دليلان من السنة هما:

1. عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (لاَ مُسَاعَاة في الإِسلامِ، مَن سَاعى في الجَاهلِيةِ فَقَد لَحِقَ بِعَصبَتِهِ، وَمَن ادعى وَلَداً مِن غَيرِ رِشدَةٍ، فَلاَ يَرِثُ وَلاَ يُورَثُ)[4]، والمساعاة هي الزنى، وكان الأصمعي يجعلها في الإماء دون الحرائر، لأنهن يسعين لمواليهن، فيكتسبنَ لهم، وكانَ عليهن ضرائبُ مقررة، فأبطل النبي ﷺ المساعاة في الإسلام، ولم يُلحق النسب بها، وعفا عما كان في الجاهلية منها، وألحق النسبَ به[5].

---

(1) أحكام القرآن للجصاص: 3/295.

(2) شرائع الإسلام: 2/225.

(3) شرح النيل: 15/492.

(4) الحاكم: 4/380، البيهقي: 6/259، أبو داود: 2/279، أحمد: 1/362.

(5) قال في عون المعبود: (إن أهل الجاهلية كانت لهم إماء يساعين وهن البغايا اللواتي ذكرهن الله تعالى في قوله تعالى: (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء) إذا كان سادتهن يلمون بهن ولا يجتنبوهن فإذا جاءت إحداهن بولد وكان سيدها يطؤها وقد وطئها غيره بالزنا، فربما ادعاه الزاني وادعاه السيد، فحكم النبي ﷺ بالولد لسيدها، لأن الأمة فراش السيد كالحرة ونفاه عن الزاني). عون المعبود: 6/252.

2. روي حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده (أن النبي ﷺ، قضى أن كُل مستلحَقَ استُلحِقَ بعد أبيه الذي يُدعى له، ادعاه ورثتُه، فقضى أن كُل مَن كَانَ مِن أمَةٍ يملكُها يومَ أصابَها فقد لَحِقَ بمن استلحقَه، وليس له مما قُسِمَ قَبله من الميراث، وما أَدرَكَ مِن ميراثٍ لم يُقسم، فله نصيبُه، ولا يُلحق إذا كان أبوه الذي يُدعى له أنكرَه، وإن كان مِن أمةٍ لم يملكها، أو من حُرة عَاهَرَ بها، فإن لا يُلحَق ولا يرثُ، وإن كان الذي يُدعى له هو ادعاهُ، فهو من ولدِ زنية مِن حرة كان أو أمة)[1]، وفي رواية: (وهو ولد زنى لأهل أمه من كانوا حرةً أو أمة، وذلك فيما استلحق في أولِ الإسلام، فما اقتسم مِن مال قبل الإسلام، فقد مضى).

القول الثاني: أن المولودَ مِن الزنى إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني، أُلحِقَ به، وهو قول إسحاق بن راهويه، والحسن البصري، فقد قال في رجل زنى بامرأة، فولدت ولداً، فادعى ولدَها: يُجلد ويلزمُه الولد، وهو قول عروة بن الزبير وسليمانَ بن يسار فقد روي عنهما أنهما قالا: أيُّما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه ولم يَدعِ ذلك الغلامَ أحد، فهو ابنُه، واحتج سليمان، بأن عمر بن الخطاب كان يُليطُ أولادَ الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام[2].

وقد انتصر لهذا القول ابن القيم، فقال: (وهذا المذهبُ كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثرُ مِن (الولد للفراش) وصاحبُ هذا المذهب أولُ قائل به، والقياسُ الصحيح يقتضيه). ومن الأدلة التي ذكرها ابن القيم لذلك:

1. أن القياس يدل عليه، فالأبُ أحدُ الزانيين، وقد وُجِدَ الولدُ مِن ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، فلماذا يلحق بأمه، وينسب إليها،وترثه ويرثُها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به،، ويمنع من لحوقه بالأب إذا لم يدعِهِ غيرُه.

2. حديث جريج للغلام الذي زنت أمُه بالراعي حيث قال له: من أبوك يا غلام؟ قال: فلان الراعي، فهذا القول من الغلام يدل على صحة النسب للزاني، قال ابن القيم: (وهذا إنطاق من الله لا يُمكن فيه الكذبُ).

3. عدم صحة حديث المساعاة الذي استدلوا به، قال ابن القيم: (ولكن في إسناد هذا الحديث رجل مجهول، فلا تقوم به حجة)، وسببه يمنع الاستدلال به على هذا، فقد كان قوم في

(1) الدارمي: 2/483، البيهقي: 6/260، أبو داود: 2/279، ابن ماجه: 2/917، أحمد: 6/253.

(2) البيهقي: 10/263، الموطا: 2/740.

الجاهلية لهم إماء بغايا، فإذا ولَدَت أمةُ أحدهم وقد وطئها غيرُه بالزنى، فربما ادعاه سيدها، وربما ادعاه الزاني، واختصما في ذلك، حتى قام الإسلام، فحكم النبيُّ ﷺ بالولد للسيد، لأنه صاحب الفراش، ونفاه على الزاني، أما الحديثُ الثاني فهو صحيح في الدلالة لكنه ضعيف في الثبوت، قال ابن القيم: (لكن فيه محمد بن راشد، ونحن نحتج بعمرو بن شعيب، فلا يُعلل الحديثُ به، فإن ثبت هذا الحديثُ، تعينَ القولُ بموجبه، والمصير إليه، وإلا فالقولُ قول إسحاق ومَن معه) [1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ثبوت نسب ابن الزنا لأمه وأبيه، ونرى أن سبب ثبوت نسبه لأمه شرعا هو دليل ثبوت نسبه لأبيه، لأنه من كليهما حصل الزنا، فلا معنى لثبوته من أحدهما ونفيه عن الآخر، ثم تعليل ذلك بكونه من زنا.

فإذا انتفت هذه العلة، والتي بها يعتقد الإجماع على عدم ثبوت نسب ابن الزنى من الزاني، بقي أن نبحث عن علة ثبوت نسبه لأمه، وهي ـ كما مر معنا ـ تتلخص في كون نسبته إليها محققة، فهي التي ولدته، ولا شك في نسبه منها بخلاف ابن الزنا، فقد ينتسب لهذا الزاني أو ذاك، فلذلك ينفى عنهم جميعا لعدم التحقيق، فالعلة إذن من نفي نسب ابن الزنا عن الزاني هي عدم التحقق من صحة نسبته لا كونه ابن زنا.

فلذلك إذا انتفت هذه العلة، واستطعنا أن نتعرف على نسبه إما بادعاء أبيه له، أو بوسائل أخرى جازمة، فإن نسبه يثبت إلى الزاني بلا شك.

وليس في النصوص ما ينفي هذا، أما قوله ﷺ: (الولد للفراش) فهو بناء على الأصل، وحرص منه ﷺ على إثبات الأنساب، ولكن حديثنا هنا على امرأة ليست فراشا، ولذلك كان عمر رضي الله عنه يلحق الأنساب التي لا فراش لها، قال ابن عبد البر: (وقد ظن أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم كان هناك فراش أم لا، وذلك جهل وغباوة وغفلة مفرطة، وإنما الذي كان عمر يقضي به أن يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم إذا لم يكن هناك فراش) [2].

---

(1) زاد المعاد: 5/429.

(2) التمهيد: 8/193.

وعلة ذلك هي حاجة الولد لنسب ينتمي إليه، فإن كان الفراش نسبا، فهو أشرف الأنساب، فلذلك إذا تنازع الزاني وصاحب الفراش قدم صاحب الفراش، لكن في حال عدم التنازع، فإن الولد لأبيه سواء كان صاحب الفراش أو غيره، ودليل ذلك أن النبي ﷺ قال هذا الحديث في حال ممارسته القضاء عند التنازع.

هذا عن الدليل الذي نراه كافيا لإثبات نسب ابن الزنى، ولا نرى الاكتفاء بالثبوت عند الادعاء، لقلة من يدعي ابن الزنا، بل نرى لولي الأمر أن يبحث في أنساب أبناء الزنى بالطرق المختلفة بشرط كونها جازمة، ثم إلحاقهم بآبائهم، خاصة مع توفر الوسائل العلمية التي تؤكد ذلك، رعاية لمقصد الشرع من حفظ الأنساب، وإلحاقها بأصحابها.

وقد يقول البعض بأن في هذا فتحا لمفسدة الفواحش، ونقول إجابة عن ذلك: بل هو سد لهذه المفسدة، وسد لأخطر آثارها:

أما كونه سدا للمفسدة، فإن الرجل إن علم بأن زناه قد يلاحقه بابن ينسب إليه قد يفتضح به أمره ربما يرعوي عن الفاحشة، فإن فعلها اجتهد في الوسائل التي تمنع حصول الحمل، فيكون ذلك درءا لمفسدة أخرى.

ثم إن الذين يعترضون بهذا لماذا يحملون المرأة، وهي طرف في هذه الخطيئة جريرة ما فعلت وحدها، وينزهون الرجل، فوصمة العار تبقى في المرأة طول الدهر، ولو أصبحت كرابعة تقى وورعا، بينما يتمسح بالرجل إن تلفظ بالاستغفار الذي يحتاج إلى استغفار.

أما كونها سدا لأخطر آثارها، فهو أن أخطر آثار الزنى هو اختلاط الأنساب، وإنتاج المشردين الذين قد يصبحون عالة على المجتمع، ويكون المجتمع سبب ما يحصل لهم، فكيف نرجو من ولد ندعوه ابن زنا، ونحرمه من أبسط حقوقه، وهو النسب، أن يرضى عن مجتمع ينظر إليه، وكأنه هو الخطيئة بعينها، مع أنه لا علاقة له بها، ولا إثم له فيها.

فلذلك كان أكبر ما يقدم لهؤلاء المظلومين والمشردين والباحثين عن أصولهم هو تمكينهم من ذلك، بل توفير ذلك لهم، فينتسبون إلى آبائهم، ويعولهم آباؤهم شاءوا أم أبوا، أما الاكتفاء برعايتهم رعاية مادية، فإن ذلك لا يسد الجوع الذي في نفوسهم لمعرفة جذورهم، ولا يلامون في ذلك فهو جبلة كل إنسان.

فإن لم يفعل ولي الأمر هذا، فإنا نرى أن الواجب على من انتسب إليه ولد بهذا الطريق أن يضمه إليه ويلحقه به، ولا تكمل توبته إلا بذلك.

الحق الثالث: الحق الديني للّقيط:

نظر أكثر الفقهاء عند بحثهم عن دين اللقيط إلى اعتبار الدار التي وجد فيها اللقيط، وذلك بناء على أن الأصل أنه ابن لأهل تلك الدار، قال الكاساني: (لأن الموجود في مكان هو في أيدي أهل الإسلام وتصرفهم في أيديهم، واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا، والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه يكون ذميا ظاهرا، فكان اعتبار المكان أولى)[1].

ووجه السرخسي هذا الظاهر يدل على أن (المسلمين لا يضعون أولادهم في البيعة عادة، وكذلك أهل الذمة لا يضعون أولادهم في مساجد المسلمين عادة فيبنى على الظاهر ما لم يعلم خلافه)[2].

وبناء على هذا، فإن اللقيط يكون إما في دار الإسلام أو دار الكفر على التفصيل التالي:

دار الإسلام:

وهو لا يخلو في هذه الدار من الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: دار بناها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة، فلقيط هذه محكوم بإسلامه، وإن كان فيها أهل الذمة، وذلك:

1 . تغليبا للإسلام.

2 . لظاهر الدار.

3 . أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

الحالة الثانية: دار فتحها المسلمون كمدن الشام، فينظر في هذه الدار، فإن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها تغليبا لحكم الإسلام الذي يعلو ولا يعلى عليه، أما إن لم يكن فيها مسلم، بل كل أهلها ذمة فإنه يحكم بكفره لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال.

---

(1) بدائع الصنائع: 6/ 198.

(2) المبسوط: 10/ 215.

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه إن كان في قرية نصارى ومسلمون، فإنه يحكم بالأغلب يغض النظر عن الدار، وقد رجح هذا القول ابن العربي قال: (وما ذكره ابن القاسم أولى وقد بيناه في كتاب المسائل)[1] .

وذهب أشهب إلى عكس ذلك، فقال: (هو مسلم أبدا، لأني أجعله مسلما على كل حال، كما أجعله حرا على كل حال) وهو ما نرى ترجيحه للاعتبارات التي سنذكرها في محلها.

دار الكفار:

وهو لا يخلو في هذا النوع من الديار من الأحوال التالية:

الحالة الأولى: بلد كان للمسلمين، فغلب الكفار عليه، فإن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر، وذهب القاضي من الحنابلة إلى أنه يحكم بإسلامه لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله، فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام، وهذا ما نراه راجحا للاعتبارات التي سنذكرها.

الحالة الثانية: بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون، وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام.

الحالة الثالثة: دار لم تكن للمسلمين أصلا كبلاد الهند والروم فإن لم يكن فيها مسلم، فلقيطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم بإسلامه، تغليبا للإسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليبا للدار.

الترجيح:

نص الفقهاء - كما رأينا - على مراعاة الدار، بغض النظر عن الملتقط، فقد نصوا على أنه يستوي في هذه الأحكام ما لو التقطه مسلم أو ذمي (فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، أما إن وجده ذمي في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم فإنه يكون ذميا تحكيما للظاهر، ومثل ذلك ما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة

---

(1) ابن العربي: 3/ 44.

فإنه يكون ذميا، ولو وجده ذمي في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما)[1] .

ومع ذلك، فقد ذكر الكاساني أن هناك من اعتبر الواجد، فقال: (وروى ابن سماعة عن محمد أنه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا)[2] .

ونرى ـ اعتبارا لهذا ـ وحرصا على الحكم بإسلام اللقيط اعتبار الإسلام فيهما جميعا، فإن حصل في الدار فهو مسلم التقطه مسلم أو ذمي، وإن التقطه مسلم فهو مسلم سواء وجده في دار الإسلام أو في غيرها، وقد ذكر الكاساني هذا الترجيح عن بعضهم، فقال: (وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد أو إلى المكان)[3] ، ووجه ذلك بأن اعتبار أحدهما يوجب الإسلام، واعتبار الآخر يوجب الكفر فيترجح الموجب للإسلام كما في المولود بين مسلم وكافر.

وسبب هذا الترجيح أن الصبي الذي لم يميز هو في الحقيقة مسلم، كما قال ﷺ : (كل مولود يولد على الفطرة)[4] ، وإنما أبواه هما اللذان (يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)، وبما أن الملتقط بمثابة والده، فإنه ـ كما سنرى ـ أولى الناس به.

أما إن التقطه ذمي من ديار المسلمين، فإنه يعود إلى المسلمين ولا يكلف بولايته حرصا على مصلحة اللقيط.

وقد استدل بنحو هذا أحمد عندما قال في أمة نصرانية ولدت من فجور: (ولدها مسلم لأن أبويه يهودانه وينصرانه)[5] .

واستدل به ابن حزم عند ترجيحه دعوى المسلم على الكافر عند التنازع في اللقيط، كما سنرى.

هذا من ناحية مراعاة مصلحة اللقيط الدينية، أما إن أريد التحري عن دينه لأجل التعرف على أهله، فإنا نرى أن هذا من مسائل القضاء التي يستخدم فيها ما أمكنه من صنوف الأدلة، ولعل من بينها استخدام الوسائل العلمية الحديثة في ذلك، كما بينا سابقا.

---

(1) المبسوط: 17/130، بدائع الصنائع: 6/198.

(2) بدائع الصنائع: 6/198.

(3) بدائع الصنائع: 6/198.

(4) مسلم، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، رقم 23.

(5) المبدع: 5/305.

وقد أشار الفقهاء إلى ذلك عندما عد بعضهم الزي والعلامة المميزة للصبي من وسائل التعرف على دينه، قال السرخسي: (وفي بعض النسخ قال يحكم زيه، وعلامته)[1]، ووجه ذلك باعتبار الشرع للزي عند الاشتباه، ومثل لذلك بما لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، فإن المفرق بينهما هو الزي، والعلامة للفصل، (وكذلك المسلمون إذا فتحوا القسطنطينية فوجدوا شيخا عليه سيما المسلمين يعلم صبيانا حوله القرآن، ويزعم أنه مسلم فإنه يجب الأخذ بقوله، ولا يجوز استرقاقه لاعتبار الزي، والعلامة)[2].

والأصل في هذا الاعتبار هوقوله تعالى: ﴿ ... **تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ** ... ﴿٢٧٣﴾ ﴾(البقرة) .

فهذا اللقيط إذا كان عليه زي المسلمين يحكم بإسلامه أيضا، وإذا كان عليه زي الكفار بأن كان في عنقه صليب أو عليه ثوب ديباج أو هو محروز وسط الرأس فالذي يسبق إلى وهم كل أحد أنه من أولاد الكفار فيحكم بكفره وإن وجده مسلم في قرية فيها مسلمون.

ولهذا ختم ابن قدامة مسائل دين اللقيط بقوله: (في الموضع الذي حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر، فلو أقام كافر بينة أنه ولده ولد على فراشه حكمنا له به)[3].

آثار الحكم بإسلامه:

من الآثار التي نص عليه الفقهاء للحكم بإسلام اللقيط:

حكم ردته:

نص الفقهاء على أن اللقيط إذا بلغ حدا يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم، سواء كان ممن حكم بإسلامه أو كفره، أما وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه، فقد اختلفوا في الحكم بردته على قولين:

القول الأول: أنه مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد، وبناء على هذا إذا بلغ استتيب ثلاثا فإن تاب وإلا قتل، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) المبسوط: 4/215.

(2) المبسوط: 4/215.

(3) المغني: 6/36.

1. أن دليل الإسلام وجد عريا عن المعارض وثبت حكمه واستقر، فلم يجز إزالة حكمه بقوله كما لو كان ابن مسلم.

2. أن قوله لا دلالة فيه أصلا لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه وإنما يقول هذا من تلقاء نفسه.

القول الثاني: أنه يقر على كفره، وهو منصوص الشافعي، وقد ذكره القاضي وجها، لأن قوله أقوى من ظاهر الدار، وبناء على هذا تعقد له الذمة أو يرد إلى بلده، قال القاضي: (إن وصف كفرا يقر أهله عليه بالجزية، عقدت له الذمة فإن امتنع من التزامها أو وصف كفرا لا يقر أهله عليه، ألحق بمأمنه)[1] .

وقد رد ابن قدامة على ما اختاره القاضي بأن اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده، ويصير مسلما بإسلام سابيه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي، فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلما.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة اعتبار القول الأول، بناء على أن هذا اللقيط نشأ بين المسلمين وتربى على أيديهم، فلذلك لا يقر على الخروج من الإسلام، ولذلك اعتبر ابن قدامة ما ذهب إليه القاضي وجها مظلما.

ومع ذلك لا نرى ما ذهب إليه الحنابلة من قتله بعد الاستتابة، بل نرى أن حكم الردة لا يطبق عليه (لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة، وإنما حكم به تبعا للدار، فلم تتحقق ردته فلا يقتل) وهذا ما ذهب إليه الحنفية، وهم من أصحاب القول الأول، قال السرخسي: (إذا أدرك اللقيط كافرا، وقد وجد في مصر من أمصار المسلمين حبس، وأجبر على الإسلام استحسانا لأنه لما وجد في مصر من أمصار المسلمين فقد حكم له بالإسلام باعتبار المكان فإنه مكان المسلمين، ومن حكم له بالإسلام تبعا لغيره إذا أدرك كافرا يجبر على الإسلام، ولا يقتل استحسانا كالمولود من المسلمين إذا بلغ مرتدا)[2] .

---

(1) المغني: 6/36.

(2) المبسوط: 70/215.

وهذا خلاف القياس [1] الذي بنى عليه الحنابلة قولهم، وقد ذكر السرخسي وجه الاستحسان فقال: (ولكن في الاستحسان لا يقتل لأن حقيقة الإسلام تكون بالاعتقاد بالقلب، والإقرار باللسان، وقد انعدم ذلك منه فيصير هذا شبهة في إسقاط القتل الذي هو نهاية في العقوبة في الدنيا، وهذا لأن ثبوت حكم الإسلام له بطريق التبعية كان لتوفير المنفعة عليه، وليس في القتل معنى توفير المنفعة، وهو نظير ما نقول في الصبي العاقل إذا أسلم يحسن إسلامه ثم إذا بلغ مرتدا يحبس، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل) [2].

الدفن في مقابر المسلمين:

اتفق الفقهاء على أن اللقيط يدفن في مقابر المسلمين في حال اعتباره مسلما، قال ابن المنذر: (أجمع عوام أهل العلم، على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب) [3].

وبناء على هذا، فإنه إن حكم بكفره، فإنه لا يدفن في مقابر المسلمين، قال ابن قدامة: (وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال: وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر) [4].

ونرى أن الأمر في هذا يسير، ولذلك إن جيئ به إلى بلاد المسلمين، فإنه لا حرج في دفنه في مقابرهم بناء على ما ذكرنا من أن الأصل في الصبي غير المميز الإسلام، وإنما يحصل منه الكفر باختياره بعد البلوغ.

الحق الرابع: حق النفقة:

اتفق الفقهاء على أن نفقة اللقيط من بيت المال، وقد حكي الإجماع على ذلك، قال ابن المنذر: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد) [5]، ومن الأدلة على هذا الإجماع:

---

(1) لأن القياس أن يقتل إن أبى أن يسلم لأنه كان محكوما بإسلامه فيقتل على الردة كما لو وصف الإسلام بنفسه قبل البلوغ ثم ارتد.

(2) المبسوط: 70/215.

(3) المغني: 6/36.

(4) المغني: 6/36.

(5) المغني: 6/37.

1. أن أسباب وجوب النفقة، من القرابة، والزوجية، والملك، والولاء، منتفية، فلذلك وجب أن يتكفله بيت المال.

2. أن الالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك، وتبرع بحفظه، فلا يوجب ذلك النفقة، كما لو فعله بغير اللقيط.

3. قول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة: (اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته).

4. أن بيت المال وارثه، وماله مصروف إليه، فتكون نفقته عليه، كقرابته ومولاه.

تقصير بيت المال في نفقته:

اتفق الفقهاء على أنه في حال عجز بيت المال عن القيام بحق نفقته - إما لكونه لا مال فيه، أو كونه في مكان لا إمام فيه، أو غير ذلك من الأسباب - فإنه على من علم من المسلمين الإنفاق عليه؛ وهو فرض كفاية، إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا، ومن الأدلة على ذلك:

1. قول الله تعالى: ﴿ ... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ... ﴿٢﴾ ﴾ (المائدة).

2. أن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب، كإنقاذه من الغرق.

التبرع بالإنفاق عليه:

في حال تعذر الإنفاق المباشر من بيت المال، فإن الواجب - كما ذكرنا - هو لزوم نفقته على المسلمين، وفي هذه الحالة إن تبرع بعضهم بالنفقة عليه، فإنه لا يستعيد حق ما أنفقه سواء كان الملتقط هو أو غيره.

أما إن لم يتبرع بالإنفاق عليه، وإنما أنفق عليه محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر، فإنه لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون ذلك بأمر الحاكم وتفويضه، فإنه يحق له في هذه الحالة استرجاع ما أنفقه إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف، وقد حكى ابن قدامة هذا عن الثوري والشافعي، وأصحاب الرأي، ولعله لا خلاف فيه[1].

(1) المغني: 6/38.

الحالة الثانية: أن يكون ذلك بغير الحاكم ومن غير تفويضه، ومع ذلك أنفق طامعا في تعويضه على ما أنفقه، وقد اختلف الفقهاء في هذا على الأقوال التالية:

القول الأول: تؤدى النفقة من بيت المال، وهو قول أحمد، ومن الأدلة على ذلك: أنه أدى ما وجب على غيره، فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه.

القول الثاني: إقامة البينة على أنه لم ينفق عليه متبرعا، وقد اختلفوا في نوع البينة، فقال شريح، والنخعي: يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه، وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتسابا فإن حلف استسعى.

القول الثالث: هو متبرع به، وهو قول الشعبي ومالك، والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة، ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول بناء على أن الأصل هو أن المكلف بالنفقة هو بيت مال المسلمين، فلذلك إن قام بعض المسلمين بالنيابة عنه في هذا الدور، فإنه يستحق التعويض على ما أنفقه.

زيادة على أن في هذا القول تشجيعا على التقاط اللقيط وعدم تركه للهلاك، فلذلك نرى عدم إهانة هذا الملتقط بتحليفه أو بطلب البينة، بل نرى أن يسرع إليه بالتعويض - في حال رخاء بيت المال - من غير أن يطلبه.

زيادة على أنا لا نرى تعارضا بين احتسابه في الإنفاق وجه الله، وبين طلب التعويض، كما أنه لا تعارض بين تعليم القرآن الكريم، ونيل الأجر الدنيوي على ذلك، وبين أن يكون مع ذلك متعبدا بقراءته لله تعالى.

الحق الخامس: حق التملك:

اتفق الفقهاء على أن للقيط الحق في تملك المال الذي وجد معه إن دلت القرائن على أنه له، وبناء على هذا، فإن القرائن لا تخلو من الأحوال التالية:

الحالة الأولى: اتصال المال باللقيط أو تعلقه بمنفعته كأن يكون (لابسا له، أو مشدودا في ملبوسه أو في يديه أو مجعولا فيه، كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والثياب

التي تحته والتى عليه وإن كان مشدودا على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار)[1] .

وفي هذه الحالة، فإنه لا خلاف بين الفقهاء بأن هذه القرائن تفيد تملك اللقيط لذلك المال، وذلك بناء على (أن الطفل يملك وله يد صحيحة، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشترى له وليه ويبيع ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة، كالبالغ) .

الحالة الثانية : انفصال المال عن اللقيط، بأن يكون بعيدا منه ليس في يده، وقد اتفق الفقهاء بأن هذا ليس من ماله، ما دامت القرائن لا تفيد تملكه له، وحكمه في هذه الحالة حكم اللقطة .

أما إن كان قريبا منه، ومع ذلك هو منفصل عنه، كثوب موضوع أمامه، فقد اختلف فيه على قولين :

القول الأول : ليس له، لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد .

القول الثاني : هو له، ومن الأدلة على ذلك :

1 . أن الظاهر أنه ترك له، فهو له بمنزلة ما هو تحته .

2 . أن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده والحمال إذا جلس للاستراحة، ترك حمله قريبا منه .

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني بناء على ما ذكروه من أدلة، زيادة على أن فيه مصلحة مستضعف، وهو اللقيط، وهي مصلحة معتبرة، وقد رجح هذا القول ابن قدامة[2] .

الحالة الثالثة : المال المدفون تحته، وقد اختلف الفقهاء في ملكية اللقيط له على قولين :

القول الأول : إن كان الحفر طريا فهو له، وإلا فلا، وقد نسبه ابن قدامة لابن عقيل، وذلك لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه .

---

(1) المغني : 6/38.

(2) المغني : 6/38.

القول الثاني: أنه ليس له مطلقا، والظاهر أنه قول الجمهور، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان الحفر طريا كالبعيد منه.

2. أن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أنها من مسائل التحري، وهي مسألة قضائية لا فقهية، فإن لم يجد التحري القضائي، فإنا نرى رجحان القول الأول بناء على أن في كون الحفرة بتلك الصفة فيه دلالة قوية على أنها تابعة للقيط، زيادة على أن في هذا القول مصلحة له، بخلاف اعتبارها لقطة.

إنفاق مال اللقيط:

نص الفقهاء على أنه إن وجد للقيط مال أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد، لأنه ذو مال وهو في هذه الحالة كغيره من الناس، ومن الأدلة على ذلك[1]:

1. أن ذلك المال للقيط، فإنه موجود معه فكانت يده أسبق إليه من يد غيره، وإنما ينفق عليه من ماله.

2. أن الظاهر أن واضعه وضع ذلك المال لينفق عليه منه، والبناء على الظاهر جائز ما لم يظهر خلافه.

3. أن الملتقط مصدق في نفقة مثله لأنه أمين يخبر بما هو محتمل، وينكر وجوب الضمان عليه فيقبل قوله في ذلك كمن دفع إلى إنسان مالا، وأمره بأن ينفق على عياله يقبل قوله في نفقة مثلهم، وما اشترى من طعام أو كسوة فهو جائز عليه لأن القاضي لما أمره بإنفاق المال عليه فقد أمره بأن يشتري به ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة، وللقاضي عليه هذه الولاية فكذلك ما يملكه الملتقط بأمر القاضي.

واختلفوا في اشتراط استئذان الحاكم في التصرف في ماله على قولين:

القول الأول: لا يشترط إذن الحاكم في ذلك، بل للملتقطه الإنفاق عليه منه من غير استئذانه، وهو قول للحنابلة، ذكره أبو عبد الله بن حامد، ومن الأدلة على ذلك:

(1) المبسوط: 10/ 214.

1. أنه ولي له فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصي اليتيم.

2. أن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر.

3. لا نسلم أنه لا ولاية له على مال، لأن له أخذه وحفظه، وهو أولى الناس به.

القول الثاني: يشترط إذن الحاكم، وهو قول الشافعي، فقد نص على أنه (ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما، وإن أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان فانفق عليه منه)، وهو قول بعض الحنابلة[1]، واستدلوا على ذلك بأنه لا ولاية له على ماله، وإنما له حق الحضانة.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول بناء على الحرص على مصلحة اللقيط، ولأن الغرض من المال المودع ذمة اللقيط هو إنفاقه عليه.

ومع ذلك نرى أن الأكمل هو استئذان الحاكم وإخباره نفيا للشبهة، وهذا ما رجحه ابن قدامة بقوله واستدل له بأنه (أبعد من التهمة، وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق)[2].

الحق السادس: الحقوق المدنية:

من الحقوق المدنية الخاصة باللقيط، والتي نص عليها الفقهاء، ونحن نذكر بعضها هنا من باب المثال لا الحصر، فحقوق اللقيط المدنية تشمل جميع الحقوق التي يتمتع بها غيره.

---

(1) بناء على ما روى أبو الحارث، عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب، وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال: تقوم امرأته إلى الحاكم، حتى يأمره بالإنفاق عليهم فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم.

وقد رد ابن قدامة على عدم صحة هذا القياس من الوجوه التالية:

1. أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فإن له ولاية أخذه وحفظه.

2. أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه.

3. أن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك، لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل فيه قول المودع، فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم وليس كذلك في هذه المسألة. المغني: 6/39.

(2) المغني: 6/39.

حق الشهادة:

اتفق الفقهاء على أن شهادة اللقيط مقبولة إذا لم يكن هناك أي مانع يمنع من قبولها، ككونه فاسقا مثلا.

واختلفوا فيما لو كان موضوع شهادته هو الرمي بالزنا على قولين:

القول الأول: أنه مقبول الشهادة في الأمور كلها إذا ظهرت عدالته، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي[1]:

1. أنه إذا كان حرا مسلما عدلا، فلا مانع شرعي من قبول شهادته.
2. أن الزاني بعد ظهور توبته مقبول الشهادة في الزنا، والسارق كذلك، وهما أسوأ حالا منه، فكيف لا تقبل شهادته ولا جريرة له.
3. أن تهمة الكذب كما تنفى عنه في سائر الشهادات بترجح جانب الصدق عند ظهور عدالته فكذلك في الشهادة بالزنا.

القول الثاني: لا تقبل شهادته في الزنا، وهو قول مالك، باعتباره متهما بين الناس بأنه ولد زنا، فقد يكون ذلك ذريعة لإلحاق عار الزنا بغيره ليسويه بنفسه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة في الحالة العامة هو القول الأول، ولكن لقول مالك جهة معتبرة تستدعي الدراسة النفسية للقيط بحيث يعلم مدى صدقه في شهادته، وعدم كون ذلك تهمة تمنعه من صدق الشهادة.

والمسألة بعد ذلك من مسائل القضاء، وهي تستدعي التحري بالطرق المختلفة، كما ذكرنا سابقا.

جناية اللقيط:

اتفق الفقهاء على أن اللقيط مثل غيره من المكلفين في حال قيامه بأي جناية، ولا يختلف عن سائر المكلفين إلا في أنه إن جنى جناية تحملها العاقلة، فالعقل على بيت المال، لأن ميراثه له ونفقته عليه.

(1) المبسوط: 10/ 211.

أما إن جنى جناية لا تحملها العاقلة، فحكمه فيها كحكم سائر الناس:

1. إن كانت توجب القصاص، وهو بالغ عاقل، اقتص منه.

2. إن كانت موجبة للمال وله مال، استوفى منه وإلا كان في ذمته حتى يوسر.

الحق السابع: حفظ عرضه ودمه:

اتفق الفقهاء على وجوب حفظ عرض اللقيط ودمه باعتباره مسلما كسائر المسلمين، أو أنه على الأقل في حال عدم اعتبار إسلامه، إنسان له ذمة محترمة يحرم المساس بها.

وهناك بعض التفاصيل يختص بها اللقيط باعتباره لا أهل له يتولون أمره ويدافعون عن حقوقه، ولذلك سنتحدث هنا عن بعض تلك التفاصيل:

حفظ دمه:

وذلك بالحيلولة دون وقوع الجناية عليه، فإن وقعت، فإن حكم ذلك يختلف بحسب نوع الجناية، وهي نوعان:

الجناية على النفس:

اتفق الفقهاء على أنه إن جنى على اللقيط في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال باعتباره وارثه الوحيد.

ونصوا على أنه إذا وجد اللقيط قتيلا في مكان ـ غير ملك الملتقط ـ فالقسامة والدية على أهل ذلك المكان، وتلك المحلة لبيت المال (لأنه حر محترم، لأنه لما حكم بإسلامه وحريته، كانت لنفسه من الحرمة والتقوم ما لسائر نفوس الأحرار، ووجوب الدية والقسامة لصيانة النفوس المحترمة عن الإهدار)[1].

واختلفوا فيما لو كانت الجناية عمدا محضا يوجب القصاص، هل يقتص من الجاني أم تقبل الدية، أم يكتفى بالمصالحة، على الأقوال التالية:

القول الأول: الإمام مخير بين أمرين: إما استيفاء القصاص إن رآه أحظ للقطاء، أو العفو بشرط أخذ الدية على ذلك، وهو قول الشافعي وابن المنذر.

---

(1) المبسوط: 10/ 218.

القول الثاني: أن الإمام مخير بين القصاص والمصالحة، وهو قول أبي حنيفة، واستدل على ذلك بما يلي:

1. العمومات الموجبة للقصاص كقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى** ... ﴿١٧٨﴾ ﴾ (البقرة)، وقوله ﷺ: (العمد قود[1])[2].

2. أن القصاص مشروع لحكمة الحياة كما قال تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴿١٧٩﴾ ﴾ (البقرة)، وذلك بطريق الزجر حتى إذا تفكر في نفسه أنه متى قتل غيره قتل به انزجر عن قتله فيكون حياة لهما جميعا ولهذا قيل: (القتل أنفى للقتل)، وهذا المعنى متحقق في اللقيط، والذي أسلم كتحققه في غيرهما.

3. حديث الهرمزان، لأن عبيد الله بن عمر رضي الله عنه لما قتله بتهمة دم أبيه، واستقر الأمر على عثمان رضي الله عنه طلب منه علي رضي الله عنه أن يقتص منه فقال عثمان رضي الله عنه: (هذا رجل قتل أبوه بالأمس، فأنا أستحيي أن أقتله اليوم، وإن الهرمزان رجل من أهل الأرض، وأنا وليه أعفو عنه، وأؤدي الدية) فقد اتفقا على وجوب القصاص.

4. أن من لا يعرف له ولي فالإمام وليه كما قال ﷺ: (السلطان ولي من لا ولي له)[3]، وإذا ثبت أن السلطان هو الولي تمكن من استيفاء القصاص لقوله تعالى: ﴿ ... **فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا** ... ﴿٣٣﴾ ﴾ (الإسراء)، والمراد سلطان استيفاء القود، لأنه عقبه بالنهي عن الإسراف في القتل بقوله تعالى: ﴿ ... **فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ** ... ﴿٣٣﴾ ﴾ (الإسراء)، وهذا يتضح في الذي أسلم، وكذلك في اللقيط لأن ما لا يوقف عليه في حكم المعدوم.

5. أن للإمام أن يستوفي القصاص إن شاء وإن شاء صالح على الدية لأنه مجتهد وله أن يميل باجتهاده إلى المطالبة بالدية ولأنه ناظر للمسلمين فربما يكون استيفاء الدية أنفع للمسلمين وليس له أن يعفو بغير مال لأنه نصب لاستيفاء حق المسلمين لا لإبطاله.

6. أن وليه لما كان عاجزا عن الاستيفاء ناب الإمام منابه في ذلك.

---

(1) القود: القصاص وقتل القاتل بدل القتيل. النهاية 4/119.

(2) قال المناوي في فيض القدير (4/392) أخرجه الطبراني عن عمرو بن حزام وقال الهيثمي: فيه عمران بن أبي الفضل وهو ضعيف.

(3) أبو داود، كتاب النكاح باب في الولي رقم 2083، والترمذي، كتاب النكاح رقم 1102، وقال: حديث حسن.

7. ليس هنا شبهة عفو لأن ذلك الولي غير معلوم حتى يتوهم العفو منه.

القول الثالث: أن للإمام أخذ الدية فقط دون القصاص، وهو قول أبي يوسف، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنا نعلم أن للقيط، وليا في دار الإسلام من عصبة أو غير ذلك وإن بعد إلا أننا لا نعرفه بعينه، وحق استيفاء القصاص يكون إلى الولي كما قال الله تعالى: ﴿ ... **فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا** ﴿٣٣﴾ ﴾ (الإسراء)، فيصير ذلك شبهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص، وإذا تعذر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية في مال القاتل لأنها وجبت بعمد محض، وعلى هذا الطريق نقول في الذي أسلم من أهل الحرب يجب القصاص لأنا نعلم أنه لا ولي له في دار الإسلام.
2. أن القصاص عقوبة مشروعة ليشفي الغيظ ودرك الثأر، وهذا المقصود يحصل للأولياء، ولا يحصل للمسلمين، والإمام نائب عن المسلمين في استيفاء ما هو حق لهم، وحقهم فيما ينفعهم، وهو الدية لأنه مال مصروف إلى مصالحهم فلهذا أوجبنا الدية دون القصاص.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول باعتباره يراعي مصالح اللقطاء سواء في التشديد بالقصاص، أو في الاستفادة من الدية.

لأن الدية عقوبة على القاتل، ومصلحة للمستفيدين منها.

وننبه هنا إلى أن مصلحة الردع عن القتل بالقصاص في هذه الحالة قد تكون مقدمة على الدية، زيادة على عدم استفادة أهل اللقيط من الدية، لأنه لا أهل له.

الجناية على الأعضاء:

إن حصلت الجناية فيما دون النفس فإن حكم ذلك يختلف باختلاف ما توجبه:

فإن كانت جناية توجب الأرش قبل بلوغه فلوليه أخذ الأرش، وينفق عليه منه ـ كما بينا سابقا ـ.

أما إن كانت عمدا موجبة للقصاص، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يحبس الجاني حتى يبلغ اللقيط فيستوفي لنفسه[1]، وهذا مذهب الشافعي وأحمد، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله، كما لو كان بالغا غائبا.

2. لا يصح قياسه على القصاص في النفس، لأن القصاص ليس هو له، إنما هو لوارثه والإمام المتولي له.

القول الثاني: أن للإمام استيفاء القصاص له، وهو رواية عن أحمد، وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص في النفس.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة مراعاة مصلحة اللقيط في الحالين، فإن كان من مصلحته تعجيل حظه المالي أو القصاص ردعا للجاني، فذلك للإمام.

أما في حال التوقف، أو خشي على تلف المال في حال استيفائه قبل البلوغ، فإن الأرجح هو تأجيل ذلك إلى بلوغ اللقيط ورشده.

الحق الثامن: حق الحماية:

سنذكر هنا الضوابط الشرعية لحماية اللقيط:

1 - **الإشهاد على التقاط اللقيط:**

اختلف الفقهاء في اشتراط الإشهاد على اللقيط على قولين:

القول الأول: لا يجب الإشهاد عليه إن كان أمينا، وهو وجه عند الحنابلة، وهو قول المالكية، واستدلوا على ذلك بعدم وجوب الإشهاد في اللقطة، أما إن كان غير أمين، فيجب الإشهاد عليه.

---

(1) وحكم ذلك عندهم يختلف باختلاف غنى اللقيط وفقره:

فإن كان له مال يكفيه في نفقته وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو سواء كان عاقلا أو معتوها.

أما إن كان فقيرا لا مال له، فإنه إن كان عاقلا ينتظر بلوغه أيضا.

أما إن كان معتوها، فللولي العفو على مال يأخذه له، لعدم إمكانية انتظار صحة حاله. المغني: 6/37.

القول الثاني: يجب الإشهاد عليه، وهو قول الشافعية[1]، ووجه عند الحنابلة، وعليه اقتصرت بعض كتبهم، ومن الأدلة على ذلك:

1 . أن القصد بالإشهاد حفظ النسب والحرية، فاختص بوجوب الشهادة، كالنكاح.

2 . أن هناك فرقا بين اللقطة واللقيط في الإشهاد، لأن اللقطة الغرض منها المال، والإشهاد في التصرف المالي مستحب، والغرض من التقاط اللقيط حفظ حريته ونسبه، فوجب الإشهاد، كما في النكاح، زيادة على أن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة وجوب الإشهاد عليه لما يترتب على ذلك من المصالح للقيط، كالبحث عن نسبه، والحفاظ على حريته وماله، ولهذا عد ابن حجر عدم الإشهاد عند أخذ اللقيط من الكبائر، فقال: (وكون هذه كبيرة هو ما صرح به الزركشي)، واستدل لذلك بعظم مفاسدها، لأن (ترك الإشهاد ربما أداه إلى ادعاء رقه، فإذا كان ما يؤدي إلى مفسدة هي ادعاء الرق كبيرة لكونه يؤدي إلى كبيرة وهي ادعاء رق الحر ولو بطريق الأصالة والدار كما في اللقيط فإن الحكم بحريته إنما هو كذلك، وذلك لأن للوسائل حكم المقاصد فأولى ما ذكرته مما سبق فإنه بنفسه مفسدة أي مفسدة، أو يؤدي إلى مفسدة أعظم أو أقرب وقوعا من هذه المفسدة)[2].

ولكن مع ذلك، فإنه إن عرضت بعض المفاسد التي قد تمنع الإشهاد، ومن ذلك اتهام اللقيط في عرضه، وتعرضه للسبة بسبب ذلك، فإن الأرجح في هذه الحالة هو القول الأول.

2 ـ اشتراط أمانة الملتقط:

اتفق الفقهاء على أن الملتقط إن كان أمينا أقر اللقيط في يده، ومن الأدلة على ذلك:

1 . أن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة، حين قال له عريفه: إنه رجل صالح

2 . أنه سبق إليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ: (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به)[3].

---

(1) وقيد الماوردي وجوب الإشهاد على اللقيط وعلى ما معه بحالة ما إذا كان هو الملتقط، أما من سلمه الحاكم له ليكفله فالإشهاد مستحب له.

(2) الزواجر: 1/ 439.

(3) أبو داود عن أم جنوب بنت تميلة، والضياء.

أما إن كان غير أمين، فقد اختلف الفقهاء في ترك اللقيط في يده على قولين:

القول الأول: أنه يقر في يديه ويمنع من السفر به لئلا يدعى رقه ويبيعه، وهو الظاهر من قول الحنابلة، مع اشتراط أن يضم إليه من يشرف عليه، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أننا إذا ضممنا إليه في اللقطة من يشرف عليه فهاهنا أولى.
2. أنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه، وسبقه إليه وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالإشهاد عليه وضم أمين يشارفه إليه، ويشيع أمره فيعرف أنه لقيط فيحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين، كما في اللقطة.
3. أن هذا يشبه ما لو كان الوصي خائنا.
4. أن ما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بوجوه:

الوجه الأول: أن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تتطرق إليها الخيانة، ولا يعلم بها.

الوجه الثاني: أن اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها ولا يتمكن من ذلك في اللقيط.

الوجه الثالث: أن المال محل الخيانة، والنفوس إلى تناوله وأخذه داعية بخلاف اللقيط فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه لأنه يبعده ممن عرف فلا يؤمن أن يدعى رقه ويبيعه.

القول الثاني: أنه ينزع من يديه، وهو قول الشافعي وأحمد، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية ولا ولاية لفاسق.
2. أنه لا يصح قياسه على اللقطة من وجوه:

الوجه الأول: أن في اللقطة معنى الكسب، وليس ها هنا إلا الولاية.

الوجه الثاني: أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها إليه بعد الحول فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وها هنا لا ترد إليه بعد الانتزاع منه بحال، فكان الانتزاع أحوط.

الوجه الثالث: أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها، وها هنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عليه لأنه قد يدعى رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان.

الوجه الرابع: أن اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاما واحدا وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني، لأن غير الأمين يمكن أن يستغله لأي غرض، فلذلك لا مصلحة للقيط في كفالة الخائن، ومن العجيب أن يقاس اللقيط الذي هو إنسان محترم باللقطة، فلا جامع بينهما إطلاقا.

مستور الحال:

اتفق الفقهاء على أنه إذا التقط اللقيط من هو مستور الحال، لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة، فإنه يقر اللقيط في يديه، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام.

2. أن الأصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه: المسلمون عدول بعضهم على بعض.

وقد ذكرنا تفاصيل الأدلة على هذا في محلها من هذه السلسلة، وقد اختلف الفقهاء فيما لو أراد مستور الحال السفر بلقيطه على قولين:

القول الأول: لا يقر في يديه، وهذا مذهب الشافعي وأحمد، واستدلوا على ذلك بأنه ما دامت لم تتحقق أمانته فإنه لا تؤمن الخيانة منه.

القول الثاني: يقر في يديه، وهو رواية عن أحمد، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم إليه، فأشبه العدل.

2. أن الظاهر الستر والصيانة.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة أن يحكم لمستور الحال بحكم العدل، لصعوبة الحكم بالعدالة على أكثر العامة، فلذلك تسري إليه أحكام العدل إلا إذا ظهر منه ما يناقضها.

3. الخروج باللقيط عن بلده:

اتفق الفقهاء على أن من عرفت عدالته وظهرت أمانته، فإن اللقيط يقر في يده سواء كان ذلك في سفره أو حضره، باعتباره مأمونا عليه، وهذا بشرط أن لا يكون السفر سفر نقلة، أما إن كان سفر نقلة، فإن حكمه يختلف بحسب البلد الذي ينقل إليه، وتفصيل ذلك في الأحوال التالية:

الحالة الأولى: الانتقال به من الحضر الذي وجده فيه إلى البادية، وقد نص الفقهاء على عدم ترك اللقيط في يد الملتقط في هذه الحالة[1] للمصالح التالية:

1. أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له.
2. أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به.

ونرى في حال انتفاء كلتا المصلحتين أن يقر في يده، باعتبار البداوة الآن تحوي من المرافق ما يضمن رفاهية ومصلحة اللقيط.

الحالة الثانية: الانتقال به من بلد حضري إلى بلد حضري آخر، وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين كلاهما للحنابلة:

القول الأول: ينزع من يده، لأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه، فلم يقر في يده المنتقل عنه قياسا على المنتقل به إلى البادية.

القول الثاني: يقر في يده، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن ولايته ثابتة، والبلد الثاني كالأول في الرفاهية فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر.

---

(1) وذلك بشرط أن يوجد من يدفع إليه، ممن هو أولى به، فإن لم يوجد من يقوم به ترك في يدي ملتقطه، لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه، فملتقطه أولى به إذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه إلى مثله.

2. فارق المنتقل به إلى البادية لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر في البلد الذي يريد أن ينتقل إليه، وتحقق مصالح اللقيط في ذلك البلد.

بل إن هذه المراعاة قد تستدعي استحسان هذا التنقل خاصة إن علم بالتقاط الملتقط للقيط، وخشي عليه أن يتعرض للأذى في مستقبله، فإن الأرجح في هذه الحالة هو البحث عن البلد الذي يأمن فيه، ولو بتسليمه لغير الملتقط، مع مراعاة البحث عن أهله في هذه الحال.

الحالة الثالثة: الانتقال به من البادية إلى الحضر، وقد اتفق الفقهاء على جواز ذلك؛ لأن في ذلك مصلحة اللقيط بانتقاله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين.

الحالة الرابعة: التنقل به في البادية، وتحتمل هذ الحالة بناء على ما سبق قولين:

القول الأول: أن يترك في يده لأن الظاهر أنه ابن بدويين، وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه.

القول الثاني: أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لأنه أرفه له وأخف عليه.

ونرى أن الأرجح هو عدم إمكانية الحكم العام في هذه المسألة، ففي كل حالة تفاصيلها، ولهذا يترك الأمر للقاضي العدل، أو الملتقط الأمين.

الحرية:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في ثبات اللقيط بيد الملتقط أن يكون حراً[1]، فلذلك لا يصح أن يترك في يد عبد[2]، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن منافعه لسيده فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه.

2. أنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ولا ولاية لعبد.

---

(1) أما إن لم يجد أحدا يلتقطه سواه فإنه يجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك، ويبقى ثباته موقوفا على إذن سيده.

(2) ونفس الحكم ينطبق على الأمة والمكاتب والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة، كالقن وكذلك المكاتب لأنه ليس له التبرع بماله، ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك.

ومع ذلك، فقد نصوا على أنه إن أذن له السيد في إمساكه أقر في يديه، لأنه استعان به في ذلك، فصار كما لو التقطه بيده وسلمه إليه، وفي هذه الحالة نص الفقهاء على أنه لا يمكن للسيد الرجوع عن إذنه، بل يصيركما لو التقطه هو.

الإسلام:

ليس للكافر التقاط مسلم، فإن التقطه لم يقر في يده، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه لا ولاية لكافر على مسلم.
2. أنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده.

أما إن كان الطفل محكوما بكفره، فله التقاطه، لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض.

الحق التاسع: حفظ اللقيط من التنازع:

وهو من أهم الحقوق، لأن التنازع يؤدي إلى تشتت شخصية اللقيط وتشتت مصالحه، فلذلك بحث الفقهاء في هذه المسألة لحفظ اللقيط وحمايته من أضرار التنازع، زيادة على تسليم الحق لأهله.

التنازع في التقاطه:

إذا وجد اللقيط اثنان، وتناولاه تناولا واحدا، ثم تنازعا، يطلب كل واحد منهما أن يبقى بيده، فإن ذلك لا يخلو من الأحوال التالية:

الحالة الأولى: أن يكون أحدهما أولى به من الآخر، كالمسلم العدل الحر، بينما لا تتوفر بعض هذه الصفات في الآخر، كالكافر إذا كان اللقيط مسلما، والفاسق، والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب.

وقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أنه يسلم إلى الأولى منهما به، وتصير مشاركة غيره له كعدمها، بدليل أنه لو التقطه وحده لم يقر في يده فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى.

وقد اختلف الفقهاء هنا فيما لو كان أحدهما مستور الحال، والآخر ظاهر العدالة على قولين:

القول الأول: أن يرجح العدل لأن المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والأمر مشكوك فيه، فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم.

القول الثاني: أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر الترجيح.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو تقديم الأعدل فالأعدل، بشرط أن يكون له من الظروف العيشية والمرافق ما يمكنه من كفالته بسهولة ويسر.

ويمكن للتحري القضائي في هذه المسائل أن يستبين من كلا المتنازعين ما قد يجعله يرجح أحدهما؛ لأن الأولى مراعاة مصلحة اللقيط لا مصلحة المتنازعين.

الحالة الثانية: أن يكون كلاهما ممن لا يصلح لكفالته، كالكافر إذا كان اللقيط مسلما، والفاسق، والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب، فإنه في هذه الحالة ينزع منهما ويسلم إلى غيرهما.

الحالة الثالثة: أن يكون كلاهما ممن يصلح لكفالته، لكن مصلحة اللقيط عند أحدهما أكثر مما عند الآخر، كأن يكون أحدهما موسرا والآخر معسرا، فالموسر أحق بكفالته، لأن ذلك أحظ للطفل، وعلى قياس هذا يقدم الموسر الجواد على الموسر البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار وربما تخلق بأخلاقه، وتعلم من جوده.

وقد اختلف الفقهاء هنا فيما لو التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره، فكلاهما يصلح لكفالته، ولكن مصلحة اللقيط الدينية عند المسلم منهما، على قولين:

القول الأول: المسلم أحق بكفالته، ولو كان المسلم فقيرا والكافر موسرا، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن دفعه إلى المسلم أحظ له لأنه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة، وينجو من النار.
2. أن الترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق، وقد لا تحصل إذا كان الموسر بخيلا.

القول الثاني: أنهما سواء في حق الكفالة، وهو قول الحنابلة، والشافعية، ومن الأدلة على ذلك أن للكافر ولاية على الكافر، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول، لأنه لا يمكن مقارنة المصالح التي ينالها اللقيط من المسلم مع المصالح التي ينالها من الكافر.

ومن العجيب أن تطرح مثل هذه المسألة ليقارن فيها بين الغنى والإسلام، زيادة على أنا ذكرنا أن الأصل في الأولاد الإسلام لا الكفر، لأن كفرهم لا يتحقق إلا بتربيتهم، وهي لم تحصل بعد، فكيف يحكم عليه بالكفر.

الحالة الرابعة: أن يكون كلاهما ممن يصلح لكفالته، ويتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين، أو يكون أحدهما رجلا والآخر امرأة(1)، فإنهما في هذه الحالة يرجع إليهما أولا، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه، وتسليمه إلى صاحبه جاز، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به.

أما إن اختلفا وتشاحنا وبقي النزاع بينهما، فقد نص الفقهاء على أنه يلجأ إلى ما وضعه الشرع حلا للنزاع في حال تساوي حقوق المتنازعين وهو القرعة، وقد سبق ذكر أدلتها في مواضع من هذه السلسلة، وبالإضافة إلى ذلك هنا:

1. قول الله تعالى: ﴿ ... وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ... ﴿٤٤﴾ ﴾ (آل عمران).
2. أنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة وإن تهايآه، فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف.
3. أنه لا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز، فتعين الإقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة، وبين العبيد في الإعتاق.

---

(1) وقد نص الفقهاء على أنه لا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لأنها رجحت ثم لشفقتها على ولدها، وتوليها لحضانته بنفسها والأب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به، أما ها هنا فإنها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا.

اختلاف الملتقطين:

إذا اختلف الملتقطان، فادعى كل واحد منهم سبقه إلى اللقيط[1]، فإن حكم ذلك يختلف بحسب وجود البينة وعدمها كما يلي:

وجود البينة:

نص الفقهاء على أن صاحب البينة أولى من غيره في استلام اللقيط، ونصوا على أنه إذا كان لكل واحد منهما بينة فإنه يقدم أسبقهما تاريخا، لأن الثاني إنما أخذ ممن قد ثبت الحق فيه لغيره.

واختلفوا فيما لو استوى تاريخهما، أو أطلقتا معا أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى على قولين:

القول الأول: يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما.

القول الثاني: يصح قبولهما، ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أولى.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة أن العبرة بقوة البينة لا بتاريخها، ونرى أن هذا من مسائل القضاء التي تستدعي التحري، وله طرقه الكثيرة التي نص عليها الفقهاء، فإن لم يعلم أولاهما على وجه اليقين نظر إلى مصلحة اللقيط، فإن استويا لجئ إلى القرعة.

عدم البينة:

إذا تنازع الملتقطان، ولا بينة لأحدهما على سبقه للقيط، فإن حكم ذلك يختلف بحسب الحالات التالية:

---

(1) نص الفقهاء على أن السبق معتبر بالأخذ لا بمجرد الرؤية، كما قال ﷺ: (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به) [سبق تخريجه]، فلهذا إن رآه أحدهما قبل صاحبه، فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحق لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية.

أما لو قال أحدهما لصاحبه: ناولنيه فاخذه الآخر نظرنا إلى نيته، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وإن نوى مناولته فهو للآمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه، فاشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح.

وهذا كله بالشروط التي سنذكرها في هذه المسائل.

الحالة الأولى: كونه في يد أحدهما، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أن القول قوله مع يمينه أنه التقطه، وهو قول الشافعي، وقول أبي الخطاب من الحنابلة، لقوله ﷺ: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه)[1].

القول الثاني: أن القول قوله من غير حاجة إلى يمين، وهو قول القاضي، قياسا على عدم حلفه في الطلاق والنكاح.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول من باب الاحتياط، وإعمالا لقوله ﷺ، فإنه نص عند التنازع، زيادة على أنه لا ضرر عليه في الحلف ما دام صادقا، لا شرعا ولا عرفا.

الحالة الثانية: كونه في أيديهما جميعا، وقد نص الفقهاء على أنه في هذه الحالة يلجأ إلى القرعة، كما مر بيانه، وقد اختلفوا هنا كذلك في اشتراط الحلف على قولين:

القول الأول: أن اللقيط يسلم بعد القرعة والحلف، وهو قول الشافعي وأحمد، بناء على ما سبق.

القول الثاني: لا تشرع اليمين ها هنا ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له، وهو قول القاضي، قياسا على عدم حلفه في الطلاق والنكاح.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة أن يسلم إليه بعد الحلف زيادة في الاحتياط، لأن التورع قد يحجزه عن أن يأخذ ما ليس بحقه.

الحالة الثالثة: عدم كونه في يد واحد منهما، وقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما، وهو قول القاضي وأبي الخطاب، لأنه حق لهما.

القول الثاني: أن الأولى أن يقرع بينهما، وقد رجحه ابن قدامة، كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما، فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما.

---

(1) أحمد والبيهقي وابن ماجه عن ابن عباس.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة النظر إلى مصلحة اللقيط، فإن خشي استمرار التنازع بعد حكم القضاء، فالأولى أن يسلم لغيرهما، بل الأولى أن ينقل إلى بلد آخر حفظا له من آثار التنازع.

الحالة الرابعة: وصف أحدهما له، بأن يذكر علامة مستورة في جسده، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أن الواصف مقدم على غيره، وهو قول أبي حنيفة، وقول أبي الخطاب، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن هذا نوع من اللقطة، فقدم بوصفها كلقطة المال.

2. أن ذلك يدل على قوة يده، فكان مقدما بها.

3. أن قياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطة أيضا.

القول الثاني: لا يقدم بالصفة، وهو قول الشافعي، وذلك كما لو وصف المدعى فإنه لا تقدم به دعواه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن هذا يدخل ضمن تحريات القاضي، فإن علم أن مثل هذا الوصف لا ينطبق إلا عن معرفة شديدة تدل على السبق، فإنه أولى به من غيره على حسب الشروط المذكورة سابقا.

التنازع في نسب اللقيط:

وقد ذكرنا الحلول الشرعية الكثيرة لهذا التنازع في محلها من الجزء الخاص بحقوق الأولاد النفسية والصحية، زيادة على ما ذكرنا في هذا الفصل من حق اللقيط في النسب.

وسنذكر هنا ما يتعلق بالتنازع في نسب اللقيط، فمن الصور التي ذكرها الفقهاء لذلك:

تنازع المسلم والكافر:

اختلف الفقهاء فيما لو تنازع نسب اللقيط مسلم وكافر[1] على قولين:

القول الأول: أنهما سواء في حق الادعاء، وهو قول أحمد والشافعي، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن كل واحد منهم إذا انفرد صحت دعواه، فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين.
2. أن النسب لا يشبه الحضانة بدليل أننا نقدم في الحضانة الموسر والحضرى ولا نقدمهما في دعوى النسب.
3. أن ما ذكره المخالفون من الضرر لا يتحقق، فإننا لا نحكم برقه ولا كفره.

القول الثاني: أن المسلم أولى من الذمي، والحر أولى من العبد، وهو قول أبي حنيفة، واستدلوا على ذلك بأن على اللقيط ضررا في إلحاقه بالعبد والذمى فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى كما لو تنازعوا في الحضانة.

وهو قول ابن حزم بالنسبة لتنازع المسلم والكافر تغليبا للإسلام، قال: (وكل من ادعى أن ذلك اللقيط ابنه من المسلمين حرا كان أو عبدا، صدق، إن أمكن أن يكون ما قال حقا، فإن تيقن كذبه لم يلتفت).

واستدل لذلك بقوله: (برهان ذلك أن الولادات لا تعرف إلا بقول الآباء والأمهات، وهكذا أنساب الناس كلهم، ما لم يتيقن الكذب. وإنما قلنا – للمسلمين – للثابت عن رسول الله ﷺ من قوله ﷺ: (كل مولود يولد على الفطرة وعلى الملة)، وقوله ﷺ عن ربه تعالى في حديث عياض بن حمار المجاشعي: (خلقت عبادي حنفاء كلهم)، ولقوله تعالى: ﴿ **وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ** ... (١٧٢) ﴾ (الأعراف)، فإن ادعاه كافر لم يصدق؛ لأن في تصديقه إخراجه عن ما قد صح له من الإسلام، ولا يجوز ذلك إلا حيث أجازه النص ممن ولد على فراش كافر من كافرة فقط)[2].

---

(1) ونفس المسألة فيما لو تنازعه عبد وحر.

(2) المحلى: 8/276.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذكرنا من أنها من مسائل القضاء، فهو الذي يستخدم أساليبه في التحري، وينسبه لأحدهما بحسب ما تدل عليه الأدلة اليقينية.

ولا يمكن أن ينسب للمسلم بمجرد إسلامه، لأن دعوى النسب من الأمور التي لا علاقة لها بهذا، وقد قال تعالى: ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ** ... ⑤ ﴾ (الأحزاب).

تنازع النساء في الولد:

نص الفقهاء على أنه إن حصل النزاع بين امرأتين حول نسب القيط، فادعاه كل منهما، فإن العبرة بمدى قبول دعواهما، فإن كانتا ممن لا تقبل دعواهما، لم تسمع دعواهما، وإن كانت إحداهما ممن تسمع دعواها دون الأخرى فهو ابنها كالمنفردة به.

فإن تساويتا في قبول الدعوى نظر إلى بينة كل منهما، أو استعملت القافة عند من يقول بها، قال أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا، فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف فقيل: يرى القافة؟ فقال: ما أحسنه.

وعللوا ذلك بأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها، كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته.

ونرى أن هذا هو الأرجح، والقافة في عصرنا هم أصحاب المخابر الذين يبحثون في مدى صدق كل منهما.

واختلف الفقهاء هنا في جواز إلحاقه بأُمَّيْن، إما بسبب البينة، أو بقول القافة على قولين:

القول الأول: لا يلحق بهما، ويبطل قول القافة لكون خطئه يقينيا، وهو قول الحنابلة، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به، كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما.
2. وفارق الرجلين فإن كونه منهما ممكن، فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر: قد اشتركا فيه.
3. لا يلزم من إلحاقه بمن يتصور كونه منه، إلحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله إلحاقه بأصغر منه.

القول الثاني: يلحق بهما بمجرد الدعوى، وهو قول الحنفية[1]، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن الأم أحد الأبوين فجاز أن يلحق باثنين كالآباء.

2. أن شهادة المرأة الواحدة حجة تامة في إثبات الولادة لأنه لا يطلع عليها الرجال فكان إقامة كل واحدة منهما امرأة واحدة بمنزلة إقامتها رجلين أو رجلا وامرأتين.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذكرنا سابقا من أن العبرة بقول القافة الذي لا يخرج عن الواقع، وهذه الصورة مستحيلة، فلذلك لا عبرة بهذا القول، ويعاد البحث والتحري.

تنازع امرأة ورجل:

الأصل فيما لو ادعى نسب اللقيط رجل وامرأة هو نسبته إليهما جميعا، لعدم التنافي بينهما، لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما، أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنهما بمجرد دعواهما، كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى.

أما إذا اختلفا بأن قال الرجل: هذا ابني من زوجتي، وادعت زوجته ذلك، وادعته امرأة أخرى فقد نصوا على أنه ابن الرجل.

وإذا ادعته الزوجة، وأقر ذلك زوجها، فقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: ترجح زوجته على الأخرى، لأن زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه.

القول الثاني: يتساويا في الدعوى، لأن كل واحدة منهما لو انفردت ألحق بها، فإذا اجتمعتا تساوتا.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أنه لا تقبل أي دعوى إلا ببينة تدل عليها، فإن لم توجد البينة التجئ إلى القافة بمفهومها الحديث.

---

(1) وهذا في رواية أبي حفص، وأما في رواية أبي سليمان فإنه لا يكون ابن واحدة منهما، ووجهها السرخسي بأن شهادة المرأة الواحدة حجة ضعيفة لأنها شهادة ضرورية فلا تكون حجة عند المعارضة والمزاحمة (ألا ترى أنه لو اقامت إحداهما رجلين، والأخرى امرأة واحدة لم تكن شهادة المرأة الواحدة حجة في معارضة شهادة رجلين فلا يثبت النسب من واحدة منهما إلا أن يقيم كل واحدة منهما البينة رجلين أو رجلا وامرأتين فحينئذ يثبت النسب منهما).

وقد ذكر الفقهاء شيئا من هذا عندما تحدثوا في تنازع امرأتين نسب ولد وبنت فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت أنه يعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة (فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته، وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة)[1].

وهذا القول ـ وإن كنا لا ندري مدى صحته علميا ـ إلا أنه يدل على استعمال القاضي لجميع وسائل التحري الممكنة.

أما ما ذكروه من رجحان جانب الرجل إذا أيدته الزوجة، فإنه معارض بقصد الحيلة منهما، فمن ينفي التهمة عنهما في هذا؟.

---

(1) ذكر هذا في : المبدع : 5/311، المغني : 6/51.

الفصل الثاني
الحقوق الشرعية لليتامى

المبحث الأول
حقيقة اليتم وضوابطه

أولا: التعريف:

لغة: أصل كلمة اليتيم في اللغة يعود إلى معنيين ذكرهما الفراء[1]:

الانفراد: يقال: صبي يتيم، أي منفرد من أبيه. وبيت يتيم: أي ليس قبله ولا بعده شيء من الشعر، وتسمى الرابية يتيمة لانفرادها عما حواليها؛ ويقال: درة يتيمة؛ لأنها مفردة لا نظير لها، ويقال للمرأة المنفردة عن الزوج يتيمة سواء كانت كبيرة، أو صغيرة؛ قال الشاعر:

إن القبور تنكح الأيامى   النسوة الأرامل اليتامى

الإبطاء: فسمي به اليتيم، لأن البر يبطئ عنه، ويقال: يتم ييتم يتما، مثل عظم يعظم. ويتم ييتم يتْما ويتَما، مثل سمع يسمع.

اصطلاحا: هو من مات والده قبل البلوغ.

ثانيا: ضوابط اليتم:

ما ذكرته النصوص من الأحكام المتعلقة باليتامى خاصة بمن توفر فيه أمران:

1 ـ فقد الأب لا الأم:

فمن فقد أمه فقط لا يطلق عليه يتيما في أظهر الأقوال لعدم جريان أحكام اليتامى عليه، قال الجصاص: (اليتيم المنفرد عن أحد أبويه، فقد يكون يتيما من الأم مع بقاء الأب، وقد يكون يتيما من الأب مع بقاء الأم؛ إلا أن الأظهر عند الإطلاق هو اليتيم من الأب، وإن كانت الأم باقية، ولا يكاد يوجد الإطلاق في اليتيم من الأم إذا كان الأب باقيا)[2].

---

(1) انظر: لسان العرب: 12 / 645.

(2) الجصاص: 2/12.

وعلل ابن العربي ذلك بقوله: (إن اليتيم هو في اللغة عبارة عن المنفرد من أبيه، وقد يطلق فيها على المنفرد من أمه، والأول: أظهر لغة، وعليه وردت الأخبار والآثار، ولأن الذي فقد أباه عدم النصرة، والذي فقد أمه عدم الحضانة، وقد تنصر الأم لكن نصرة الأب أكثر، وقد يحضن الأب لكن الأم أرفق حضانة)[1].

وعلل ابن تيمية ذلك بقوله: (اليتيم في الآدميين من فقد أباه؛ لأن أباه هو الذي يهذبه؛ ويرزقه؛ وينصره: بموجب الطبع المخلوق؛ ولهذا كان تابعاً في الدين لوالده؛ وكانت نفقته عليه وحضانته عليه، والإنفاق هو الرزق، والحضانة هي النصر لأنها الإيواء، ودفع الأذى. فإذا عدم أبوه طمعت النفوس فيه؛ لأن الإنسان ظلوم جهول، والمظلوم عاجز ضعيف، فتقوى جهة الفساد من جهة قوة المقتضى، ومن جهة ضعف المانع، ويتولد عنه فسادان: ضرر اليتيم؛ الذي لا دافع عنه ولا يحسن إليه، وفجور الآدمي الذي لا وازع له)[2].

2- كونه صبيا:

أي أن يكون يتمه قبل البلوغ، فلا يطلق ذلك عليه بعد البلوغ إلا على وجه المجاز لقرب عهده باليتم.

وقد روي في هذا حديث تكلم فيه العلماء، وهو (لا يتم بعد الحلم)[3].

ولكنه مع ذلك قد تجري عليه بعض أحكام اليتامى، خاصة فيما يتعلق بالتصرفات المالية، لأن الشرع علقها على الرشد بالإضافة إلى البلوغ، قال تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ... ﴿٦﴾ ﴾ (النساء).

وقد اختلف الفقهاء هنا في تسليم الأموال لليتامى قبل أن يؤنس رشدهم، وبعد بلوغهم عل الأقوال التالية[4]:

---

(1) ابن العربي: 1/216.

(2) مجموع الفتاوى: 34/108.

(3) روي من حديث علي؛ ومن حديث جابر. فحديث علي: رواه الطبراني في معجمه الصغير، ورواه ابن عدي في «الكامل»، وأعله بحرام، ونقل عن الشافعي، وابن معين أنهما قالا: الرواية عن حرام حرام. انظر: نصب الراية: 3/417.

(4) انظر في المسألة: الجصاص: 2/218، المبدع: 4/67، كشاف القناع: 3/213، المغني: 4/22، حاشية البجيرمي: 2/240، 436، المجموع: 9/180، المبسوط: 24/158، بدائع الصنائع: 5/164، وغيرها.

القول الأول: أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ، فإذا لم يرشد بعد بلوغ الحلم وإن شاخ لا يزول الحجر، وهو قول جماهير الفقهاء، قال الثعلبي: وهذا الذي ذكرناه من الحجر على السفيه قول عثمان وعلي والزبير وعائشة وابن عباس وعبدالله بن جعفر رضوان الله عليهم، ومن التابعين شريح، وبه قال الفقهاء: مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأبو يوسف ومحمد وأحمد وإسحاق وأبو ثور. قال الثعلبي: وادعى أصحابنا الإجماع في هذه المسألة، ومن الأدلة على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ... (٦) ﴾ (النساء)، قال الشافعي مبينا ما يستفاد من الآية: (فدلت هذه الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ والرشد، فالبلوغ استكمال خمس عشرة سنة، الذكر والأنثى في ذلك سواء، إلا أن يحتلم الرجل أو تحيض المرأة قبل خمس عشرة سنة فيكون ذلك البلوغ، ودل قول الله تعالى: ﴿ ... **فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ... (٦) ﴾ (النساء) على أنهم إذا جمعوا البلوغ والرشد لم يكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم وجاز لهم في أموالهم ما يجوز لمن خرج من الولاية ممن ولي فخرج منها أو لم يول وأن الذكر والأنثى فيهما سواء)[1].
2. قوله تعالى: ﴿ ... **فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، فهو تنصيص على إثبات الولاية على السفيه، وأنه مولى عليه، ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه.
3. قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا** ... (٥) ﴾ (النساء) وفي هذا تنصيص على إثبات الحجر عليه بطريق النظر له، فإن الولي الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر منه له.
4. روي أن حبان بن منقذ الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات لآمة أصابت رأسه، فسأل أهله رسول الله ﷺ أن يحجر عليه، فقال: إني لا أصبر عن البيع، فقال ﷺ: (إذا بايعت، فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام)[2]، فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير في المال مشروعا عرفا لما سأل أهله ذلك، ولما فعله رسول الله ﷺ.

---

(1) الأم: 3/220.

(2) مالك وأحمد وأبو داود والنسائي عن ابن عمر، وابن ماجه عن أنس.

5. أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كان يفني ماله في اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال: (لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه) فاهتم بذلك عبد الله، وجاء إلى الزبير وأخبره بذلك فقال: (أشركني فيها) فأشركه، ثم جاء علي إلى عثمان، وسأله أن يحجر عليه، فقال: (كيف أحجر على رجل شريكه الزبير)[1]، وإنما قال ذلك؛ لأن الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة، فاستدل برغبته في الشركة على أنه لا غبن في تصرفه، فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بسبب التبذير، فإن عليا سأل وعثمان اشتغل ببيان العذر، واهتم لذلك عبد الله، واحتال الزبير لدفع الحجر عنه بالشركة، فيكون اتفاقا منهم على جواز الحجر بهذا السبب.

6. أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ كانت تتصدق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع، فهمت ببيع رباعها لتتصدق بالثمن، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال: (لتنتهين عائشة عن بيع رباعها، أو لأحجرن عليها).

7. أنه مبذر في ماله، فيكون محجورا عليه كالصبي بل أولى؛ لأن الصبي إنما يكون محجورا عليه لتوهم التبذير منه، وقد تحقق التبذير، والإسراف هنا فلأن يكون محجورا عليه أولى.

8. أن للصبي ثلاثة أحوال: حال عدم العقل، وحال نقصان العقل بعد ما صار مميزا، وحال السفه والتبذير بعد ما كمل عقله بأن قارب أوان بلوغه، ثم عدم العقل، ونقصانه بعد البلوغ يساوي عدم العقل ونقصانه قبل البلوغ في استحقاق الحجر به، فكذلك السفه، والبلوغ يساوي السفه قبل البلوغ بعد كمال العقل في استحقاق الحجر به.

القول الثاني: يسقط إيناس الرشد ببلوغ خمس وعشرين سنة، فلا يحجر على الحر البالغ إذا بلغ هذه السن، ولو كان أفسق الناس وأشدهم تبذيرا إذا كان عاقلا، وهو قول أبي حنيفة[2]، وبه قال زفر بن الهذيل؛ وهو مذهب النخعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) ذكره في: المبسوط: 24/157.

(2) حكى السرخسي عن أبي حنيفة قوله: (لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة: على المفتي الماجن، وعلى المتطبب الجاهل، وعلى المكاري المفلس؛ لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم، فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم فيمتنعون من ذلك دفعا للضرر) المبسوط: 24/157.

1. قوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ... ﴿٦﴾ ﴾ (النساء)، فقد نهى الولي عن الإسراف في ماله مخافة أن يكبر، فلا يبقى له عليه ولاية، والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيصا على زوال الحجر عنه بالكبر؛ لأن الولاية عليه للحاجة، وإنما تنعدم الحاجة إذا صار هو مطلق التصرف بنفسه.

2. آيات الكفارات من الظهار، والقتل، وغيرها، وقد سئل أبو حنيفة عن هذه المسألة فاستدل بتلك الآيات، لأن فيها بيان أن هذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعا سفيها كان أو غير سفيه، وارتكاب هذه الأسباب اختيارا نوع من السفه، فدل أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء ما لزمه شرعا وبه يتبين أن الحجر عن التصرفات ليس فيه كثير فائدة لتمكنه من إتلاف جميع ماله بهذه الأسباب.

3. ما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفي عقدته ضعف، فقيل: يا رسول الله احجر عليه؛ فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف. فاستدعاه النبي ﷺ فقال: (لا تبع)، فقال: لا أصبر. فقال له: (فإذا بايعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا)[1] فلما سأل القوم الحجر عليه لما كان في تصرفه من الغبن ولم يفعل ﷺ ثبت أن الحجر لا يجوز.

4. أنه حر مخاطب، فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد وفي هذين الوصفين إشارة إلى أهلية التصرف والمحلية فيه؛ لأن بكونه مخاطبا نثبت أهلية التصرف، فإن التصرف كلام ملزم وأهلية الكلام بكونه مميزا، والكلام المميز بنفسه بكونه مخاطبا والمحلية تثبت بكونه خالص ملكه، وذلك يثبت باعتبار حرية المالك وبعد ما صدر التصرف من أهله في محله لا يمتنع نفوذه إلا لمانع.

5. أن السفه لا يصلح أن يكون معارضا للحرية، والخطاب في المنع من نفوذ التصرف؛ لأنه بسبب السفه لا يظهر نقصان عقله، ولكن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه وهذا لا يكون معارضا في حق التصرف كما لا يكون معارضا في توجه الخطاب عليه بحقوق الشرع.

6. أن توجه الخطاب في الأصل ينبني على اعتدال الحال إلا أن اعتدال الحال باطنا لا يمكن الوقوف على حقيقته فأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه، وهو البلوغ عن عقل مقامه

(1) سبق تخريجه.

تيسيرا على ما هو الأصل أنه متى تعذر الوقوف على المعاني الباطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها كما أقيم السير المديد مقام المشقة في جواز الترخص، وأقيم حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة مقام حقيقة استعمال الرحم بالماء في وجوب الاستبراء.

القول الثالث: لا يشترط في التصرف في المال إلا البلوغ، وهو مذهب الظاهرية، قال ابن حزم: (لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه: فهذان خاصة لا ينفذ لهما أمر في مالهما، فإذا بلغ الصغير، وأفاق المجنون جاز أمرهما في مالهما كغيرهما ولا فرق، سواء في ذلك كله الحر، والعبد، والذكر، والأنثى، والبكر ذات الأب وغير ذات الأب، وذات الزوج، والتي لا زوج لها، فعل كل ما ذكرنا في أموالهم من عتق، أو هبة، أو بيع، أو غير ذلك: نافذ إذا وافق الحق من الواجب، أو المباح ومردود فعل كل أحد في ماله إذا خالف المباح، أو الواجب، ولا فرق، ولا اعتراض لأب، ولا لزوج، ولا لحاكم في شيء من ذلك إلا ما كان معصية لله تعالى فهو باطل مردود. ومن معصية الله تعالى: الصدقة، والعطية، بما لا يبقى بعده للمتصدق أو الواهب غنى)[1]، ومن الأدلة على ذلك:

1. عن ابن عباس: أن علي بن أبي طالب قال لعمر بن الخطاب: أو ما تذكر أن رسول الله ﷺ قال: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم).

2. النصوص الحاضة على الصدقات ونحوها من التصرفات المالية، كقوله تعالى: ﴿**لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ** ﴿٩٢﴾﴾ (آل عمران)، وقوله تعالى: ﴿**انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴿٤١﴾﴾ (التوبة)، وقوله تعالى: ﴿... **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** ... ﴿٣﴾﴾ (النساء)، وقوله تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ... ﴿٤﴾﴾ (النساء)، وكقوله ﷺ: (اتقوا النار ولو بشق تمرة).

قال ابن حزم تعليقا على هذه النصوص: (فصح أن كل أحد مندوب إلى فعل الخير، والصدقة، والعتق، والنفقة في وجوه البر ليقي نفسه بذلك نار جهنم، ولا خلاف في أن كل من ذكرنا من عبد، وذات أب، وبكر، وذات زوج، مأمورون، منهيون، متوعدون بالنار، مندوبون موعودون بالجنة، فقراء إلى إنقاذ أنفسهم منها كفقر غيرهم سواء سواء، ولا مزية، فلا يخرج من

---

(1) المحلى: 140/7.

هذا الحكم إلا من أخرجه النص، ولم يخرج النص إلا المجنون ما دام في حال جنونه – والذي لم يبلغ إلى أن يبلغ فقط، فكان المفرق بين من ذكرنا فيطلق بعضا على الصدقة، والهبة، والنكاح، ويمنع بعضا بغير نص مبطل، محرما ما ندب الله تعالى إليه، مانعا من فعل الخير)[1].

3. لا يصح استدلال المخالفين هنا بقوله تعالى: ﴿ **وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ... (٥)** ﴾ **(النساء)، وقوله تعالى:** ﴿ **... فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ... (٢٨٢)** ﴾ (البقرة).

وقد رد ابن حزم هذا الاستدلال بناء على أن (السفه في لغة العرب التي نزل بها القرآن، وبها خوطبنا، لا يقع إلا على ثلاثة معان لا رابع لها أصلا) وهذه المعاني هي:

البذاء والسب باللسان، وهم لا يختلفون أن من هذه صفته لا يحجر عليه في ماله – فسقط الكلام في هذا الوجه.

الكفر، كما قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ آمِنُوا كَمَا آمَنَ النَّاسُ قَالُوا أَنُؤْمِنُ كَمَا آمَنَ السُّفَهَاءُ أَلا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ وَلَكِن لاَّ يَعْلَمُونَ (١٣)** ﴾ (البقرة)، قال تعالى حاكيا عن موسى عليه السلام: ﴿ **... أَتُهْلِكُنَا بِمَا فَعَلَ السُّفَهَاءُ مِنَّا ... (١٥٥)** ﴾ (الأعراف) يعني كفرة بني إسرائيل، وقال تعالى: ﴿ **وَمَن يَرْغَبُ عَن مِّلَّةِ إِبْرَاهِيمَ إِلاَّ مَن سَفِهَ نَفْسَهُ ... (١٣٠)** ﴾ (البقرة) فهذا معنى ثان، ولا خلاف منهم ولا منا في أن الكفار لا يمنعون أموالهم، وأن معاملتهم في البيع والشراء وهباتهم جائز كل ذلك.

عدم العقل الرافع للمخاطبة كالمجانين والصبيان فقط، وهؤلاء بإجماع منا ومنهم هم الذين أراد الله تعالى في الآيتين، وأن أهل هذه الصفة لا يؤتون أموالهم، لكن يكسون فيها، ويرزقون، ويرفق بهم في الكلام، ولا يقبل إقرارهم، لكن يقر عنهم وليهم الناظر لهم.

قال ابن حزم تعليقا على هذا الاستدلال: (فمن قال: إن من يغبن في البيع ولا يحسن حفظ ماله – وإن كان عاقلا مخاطبا بالدين مميزا له –: داخل في (اسم السفه) المذكور في الآيتين، فقد قال الباطل، وقال على الله تعالى ما لا علم له به، وقفا ما لا علم له به، وما لا برهان له على صحته – وهذا كله حرام لا يحل القول به.. وما سمى الله تعالى قط في القرآن ولا رسوله ﷺ ولا العربي الجاهل بكسب ماله، أو المغبون في البيع: سفيها.. والسفيه الذي

(1) المحلى: 140/7.

ذكر في الآية هو الذي لا عقل له لجنونه، والضعيف الذي لا قوة له، والذي لا يستطيع أن يمل: هو من به آفة في لسانه تمنعه كخرس، أو نحو ذلك)(1).

4. ما روي عن السلف الصالح رضي الله عنهم من تفسير الرشد، فعن مجاهد في قول الله تعالى: ﴿ ... فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ... ﴿٦﴾ ﴾ (النساء) قال: (العقل، لا يدفع إلى اليتيم ماله - وإن شمط - حتى يؤنس منه رشد).

5. عدم صحة استدلال المخالفين بما ورد في النهي عن التبذير، قال ابن حزم: (ونحن نفسر بعون الله تعالى التبذير، والإسراف، وبسط اليد كل البسط التي حرم الله تعالى وزجر عنها، لا كتفسيرهم الذي لا يفهمونه، ولا يفهمونه أصلا).

ثم بين تفسيره للتبذير بقوله: (هذه الأعمال المحرمة معناها كلها واحد ويجمعه أن كل نفقة أباحها الله تعالى وأمر بها - كثرت أم قلت - فليست إسرافا ولا تبذيرا ولا بسط اليد كل البسط؛ لأنه تعالى لا يحل ما حرم معا، فلا شك في أن الذي أباح هو غير الذي نهى عنه، وهو نفس قولنا - ولله الحمد. وكل نفقة نهى الله تعالى عنها - قلت أم كثرت - فهي الإسراف والتبذير وبسط اليد كل البسط؛ لأنه لا شك في أن الذي نهى الله تعالى عنه مفسرا هو الذي نهى عنه مجملا).

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن المصالح الشرعية لليتيم ترتبط بالحجر عليه إن كان سفيها، أو لا يحسن التصرف في ماله، بناء على أنه قد يستغل في بداية شبابه، فيضيع ماله من غير أن يستفيد منه شيئا.

ولكنه مع ذلك لا يمكن أن يظل محجورا عليه طول عمره، بل يمكن لولي الأمر أن يحدد سنا معينة قد يرتفع فيها الحجر، أو أن يقيد الحجر بأنواع التصرفات التي يمكنه إجراؤها.

فالمسألة - كما نرى - تخضع لولاية أمر المسلمين، أكثر من خضوعها للفتوى الفقهية، فالناس مختلفون في مدى رشدهم، وفي أنواع تصرفاتهم.

ويدل هذا الحديث، الذي اتفق الفقهاء على الاستدلال به على هذا، على اختلاف بينهم في وجه الاستدلال، وهو ما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفي عقدته

---

(1) المحلى: 7/ 140.

ضعف، فقيل: يا رسول الله احجر عليه؛ فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف. فاستدعاه النبي ﷺ فقال: (لا تبع)، فقال: لا أصبر. فقال له: (فإذا بايعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا)[1].

فنرى أن هذا الحديث ليس من باب الفتوى أو الحكم الشرعي منه ﷺ، وإنما هو من باب ولايته لأمر المسلمين، فلذلك حكم له بما يراه صالحا له.

ومن الخطأ الكبير تعميم القول في المسائل المرتبطة بولي أمر المسلمين، لأن النظر فيها للمصلحة الحالية التي يراها الإمام في كل محل يحكم فيه.

وبناء على هذا نرى عموما أنه لا ينبغي للسفيه - مثلا - مهما بلغ عمره التصرف في حاجاته الأساسية، كبيع دراه مثلا أو رهنها، إلا تحت إشراف ولي الأمر العادل[2]، أما ما عدا ذلك، فإن له الحق في التصرف فيه بشرط عدم خروجه إلى التبذير المحرم.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع عقار اليتيم لغير حاجة؛ لأن في بيعه ضررا بالغا بمصلحة اليتيم، واختلفوا فيما لو اضطر لبيعه على قولين:

القول الأول: يجوز ذلك للحاجة، بشرط أن يكون في ذلك مصلحة لهم، وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق، ونقله أبو داود عن أحمد.

القول الثاني: لا يجوز إلا في حالتين فقط، وهو قول القاضي، والحالتان هما:

الأولى: أن يكون به ضرورة إلى كسوة، أو نفقة، أو قضاء دين، أو ما لا بد منه، وليس له ما تندفع به حاجته.

الثانية: أن يكون في بيعه غبطة؛ وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل، قال أبو الخطاب كالثلث ونحوه أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى مصلحة اليتيم تحت إشراف ولي الأمر العادل بشرط أن لا يبقى اليتيم بلا سكن، وقد ذكر ابن قدامة بعض وجوه المصالح في ذلك، فقال: (وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظرا لهم، ولا يختص بما ذكروه. وقد يرى الولي الحظ في غير هذا، مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به، أو نفعه قليل، فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئا في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره. وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها، لسوء الجوار أو غيره فيبيعها ويشتري له بثمنها دارا يصلح له المقام بها، وأشباه هذا مما لا ينحصر) انظر: المغني: 4/165.

المبحث الثاني
حقوق اليتيم

كل ما سبق ذكره في الأجزاء السابقة من حقوق ينطبق على اليتيم، بفرق بسيط، وهو أن ما وجب على الأب في تلك الأجزاء، يجب على الولي المتكفل باليتيم هنا، ولذلك سنكتفي هنا بإيراد بعض ما يخص اليتيم من جهة ما ورد في النصوص من توجيهات تخص اليتيم في هذا الجانب، ونكتفي لذلك بأربعة حقوق هي: حقه في الإحسان، وحقه في النفقة، وحقه في الكفالة، وحقه في حفظ ماله، مرجئين التفاصيل المرتبطة بحقه في حفظ ماله إلى المبحث التالي.

أولا: حق اليتيم في الإحسان:

بما أن اليتيم فقد أباه الذي يحسن إليه ويرحمه ويتكفل بحاجاته، فإن الله تعالى برحمته حث المجتمع جميعا على أن يكون أبا حانيا عليه، ليعوضه ما فقده من موت أبيه.

ولأجل هذا وردت النصوص الكثيرة التي تعتبر كفالة اليتيم والإحسان إليه من أفضل أعمال البر، بل تقرنها بقضايا التوحيد الكبرى، قال تعالى: ﴿ **لَيْسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَالْمَلائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ ...** (١٧٧) ﴾ (البقرة).

وتقرنها بعبادة الله تعالى، قال تعالى: ﴿ **وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لا تَعْبُدُونَ إِلاَّ اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ ...** (٨٣) ﴾ (البقرة)، وقال تعالى: ﴿ **وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ...** (٣٦) ﴾ (النساء).

ولا نرى في القرآن الكريم موضعا من مواضع الإحسان إلا ويكون اليتيم أحد المحسن إليهم:

ففي الإنفاق العام ورد قوله تعالى: ﴿ **يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلْ مَا أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ...** (٢١٥) ﴾ (البقرة).

وفي أموال الغنائم يكون اليتيم من أوائل من له الحظ فيها بعد رسول الله ﷺ وقرابته، قال تعالى: ﴿ **وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ...** (٤١) ﴾ (الأنفال).

وفي أموال الفيء يقرن اليتيم برسول الله ﷺ وقرابته، قال تعالى: ﴿ **مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ... (٧)** ﴾ (الحشر).

ويخبر تعالى أن من شروط مجاوزة العقبة التي تحول بين الإنسان وفضل الله الإحسان إلى اليتامى، قال تعالى: ﴿ **فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ (١١) وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ (١٢) فَكُّ رَقَبَةٍ (١٣) أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ (١٤) يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ (١٥)** ﴾ (البلد).

بل إن الله تعالى ـ من باب الحث على الاتصاف بصفات الله والتخلق بأخلاقه ـ يخبرنا عن إيوائه لرسول الله ﷺ عندما كان يتيما، قال تعالى: ﴿ **أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَىٰ (٦)** ﴾ (الضحى).

أما من السنة، فقد وردت النصوص الكثيرة التي تعتبر الإحسان إلى اليتامى من خير أعمال البر، فخير بيوت المسلمين بيت يكفل يتيما، قال ﷺ: (خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه)[1].

بل إن المسح على رأس اليتيم عطفا وحنانا ورحمة يكتب لصاحبه بكل شعرة حسنة، قال ﷺ: (من مسح على رأس يتيم لم يمسحه إلا لله كانت له في كل شعرة مرت عليها يده حسنات)[2].

بل إن الرسول ﷺ يخبر بأن الساعي عليهم كالمجاهد والقائم، قال ﷺ: (الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله تعالى وأحسبه قال وكالقائم لا يفتر وكالصائم لا يفطر)[3].

أما الجزاء المعد على هذا الإحسان الذي يملك كل هذا الفضل، فقد ورد في النصوص الكثير من أنواعه، وهي بحسب درجات الإحسان ونوعه وكماله، وسنذكر هنا بعض ما ورد منها في النصوص:

---

(1) ابن ماجه.

(2) أحمد وغيره.

(3) الشيخان عن أبي هريرة.

ابتعاد الشيطان: أول جزاء يجازى به المحسن لليتيم أنه في حال إحسانه يبتعد عنه الشيطان، وبابتعاده تحل البركة، وينزل الخير، كما روي: (ما قعد يتيم مع قوم على قصعتهم فيقرب قصعتهم الشيطان)[1].

المغفرة: وهي من أعظم الجزاء، وقد بين ﷺ ما أعده الله لكافل اليتيم منها، فقال: (من ضم يتيما من بين مسلمين إلى طعامه وشرابه حتى يغنيه الله عز وجل غفرت له ذنوبه البتة إلا أن يعمل عملا لا يغفر، ومن أذهب الله كريمتيه فصبر واحتسب غفرت له ذنوبه)[2].

وفي حديث أخبر ﷺ أن الله لا يعذب من رحم اليتيم، وفيه دلالة على مغفرة ذنوبه، قال ﷺ: (والذي بعثني بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم ولان له في الكلام ورحم يتمه وضعفه، ولم يتطاول على جاره بفضل ما آتاه الله)[3].

وقد ذكر بعض السلف تأثير إحسانه إلى اليتيم، فقال: (كنت في بدء أمري سكيرا مكبا على المعاصي، فرأيت يوما يتيما فأكرمته كما يكرم الولد بل أكثر، ثم نمت فرأيت الزبانية أخذوني أخذا مزعجا إلى جهنم وإذا باليتيم قد اعترضني، فقال دعوه حتى أراجع ربي فيه فأبوا. فإذا النداء خلوا عنه فقد وهبنا له ما كان منه بإحسانه إليه، فاستيقظت وبالغت في إكرام اليتامى من يومئذ).

الجنة: أخبرت النصوص أن جزاء المحسن لا يتوقف عند ذلك الحد، بل إن الإحسان إلى اليتيم لا يزال بصاحبه حتى يدخله الجنة، قال ﷺ: (من قبض يتيما من بين مسلمين إلى طعامه وشرابه أدخله الله الجنة ألبتة إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر له)[4]، وفي رواية سندها حسن: (حتى يستغني عنه وجبت له الجنة ألبتة).

بل أخبر ﷺ أن المحسنين إلى اليتامى من أول من يدخلون الجنة، قال ﷺ: (أنا أول من يفتح باب الجنة إلا أني أرى امرأة تبادرني، فأقول ما لك ومن أنت؟ تقول: أنا امرأة قعدت على أيتام لي)[5].

---

(1) الحارث، والطبراني في الأوسط عن أبي موسى وأورده ابن الجوزي في الموضوعات، وهناك حديث آخر قريب منه هو (ما من مائدة أعظم بركة من مائدة جلس عليها يتيم) رواه الديلمي عن أنس. والله أعلم.

(2) ابن سعد، والطبراني في الكبير عن مالك.

(3) الطبراني بسند رواته ثقات إلا واحدا ومع ذلك ليس بالمتروك.

(4) الترمذي وصححه.

(5) أبو يعلى بسند حسن.

وفي القرآن الكريم إشارة إلى هذا الجزاء في قوله تعالى: ﴿ **وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا** ⑧ ﴾ (الإنسان)، فقد ذكر قبل هذه الآية الجزاء المعد لهؤلاء، وهو من أعظم الجزاء، قال تعالى: ﴿ **إِنَّ الأَبْرَارَ يَشْرَبُونَ مِن كَأْسٍ كَانَ مِزَاجُهَا كَافُورًا** ⑤ **عَيْنًا يَشْرَبُ بِهَا عِبَادُ اللَّهِ يُفَجِّرُونَهَا تَفْجِيرًا** ⑥ ﴾ (الإنسان).

وقد روي في كتب المواعظ ـ مما يؤيد هذه النصوص ـ أنه كان لبعض مياسير العلويين بنات من علوية فمات واشتد بهن الفقر إلى أن رحلن عن وطنهن خوف الشماتة، فدخلن مسجد بلد مهجورا فتركتهن أمهن فيه وخرجت تحتال لهن في القوت فمرت بكبير البلد وهو مسلم، فشرحت له حالها فلم يصدقها وقال: لا بد أن تقيمي عندي البينة بذلك. فقالت: أنا غريبة، فأعرض عنها.

ثم مرت بمجوسي فشرحت له ذلك فصدق، وأرسل بعض نسائه فأتت بها وببناتها إلى داره فبالغ في إكرامهن، فلما مضى نصف الليل رأى ذلك المسلم القيامة قد قامت والنبي ﷺ معقود على رأسه لواء الحمد وعنده قصر عظيم. فقال: يا رسول الله لمن هذا القصر؟ قال: لرجل مسلم، قال: أنا مسلم موحد قال ﷺ: أقم عندي البينة بذلك، فتحير، فقص له ﷺ خبر العلوية، فانتبه الرجل في غاية الحزن والكآبة إذ ردها، ثم بالغ في الفحص عنها حتى دل عليها بدار المجوسي فطلبها منه فأبى وقال: قد لحقني من بركاتهن، فقال خذ ألف دينار وسلمهن إلي فأبى، فأراد أن يكرهه، فقال: الذي تريده أنا أحق به، والقصر الذي رأيته في النوم خلق لي، أتفخر علي بإسلامك، فوالله ما نمت أنا وأهل داري حتى أسلمنا كلنا على يد العلوية، ورأيت مثل منامك. وقال لي رسول الله ﷺ: (العلوية وبناتها عندك؟)، قلت: نعم يا رسول الله. قال: القصر لك ولأهل دارك، فانصرف المسلم وبه من الكآبة والحزن ما لا يعلمه إلا الله تعالى.

مرافقة رسول الله ﷺ في الجنة: وهو الجزاء الذي لا يعادله أي جزاء، فقد أخبر ﷺ أن كافل اليتيم رفيقه في الجنة بصيغ مختلفة، قال ﷺ: (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بإصبعيه السبابة والوسطى وفرج بينهما)[1]، وقال ﷺ: (كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو كهاتين في الجنة) وأشار مالك بالسبابة والوسطى[2]، وقال ﷺ: (من كفل يتيما له ذو قرابة أو لا قرابة له فأنا وهو في الجنة كهاتين وضم إصبعيه، ومن سعى على ثلاث بنات فهو في الجنة،

---

(1) البخاري.

(2) مسلم.

وكان له كأجر المجاهد في سبيل الله صائما قائما)[1] ، وقال ﷺ : (من عال ثلاثة من الأيتام كان كمن قام ليله وصام نهاره وغدا وراح شاهرا سيفه في سبيل الله وكنت أنا وهو في الجنة أخوان، كما أن هاتين أختان، وألصق إصبعيه السبابة والوسطى)[2] .

ثانيا: حق اليتيم في النفقة:

اختلف الفقهاء في وجوب نفقة اليتيم على أقاربه فيما لو لم يكن له مال ينفق عليه منه على الأقوال التالية:

القول الأول: وجوب نفقة اليتيم على أقاربه، وقد انتصر له ابن القيم، وعقد فيه فصلا في زاد المعاد بعنوان (ذكر حكم رسول الله ﷺ الموافق لكتاب الله تعالى من وجوب النفقة للأقارب)[3] ، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله تعالى: ﴿ ... **وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ** ... (١٧٧) ﴾ (البقرة) ، وقال تعالى: ﴿ **وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا** (٣٦) ﴾ (النساء) ، وقال تعالى: ﴿ **وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا** (٢٦) ﴾ (الإسراء) ، قال ابن القيم: (فجعل سبحانه حق ذي القربى يلي حق الوالدين، كما جعله النبيُّ ﷺ سواءً بسواء، وأخبر سبحانه؛ أن لذي القربى حقاً على قرابته، وأمر بإتيانه إياه، فإن لم يكن ذلك حق النفقة، فلا نَدري أي حقٍّ هُوَ).
2. أن الله تعالى أمر بالإحسان إلى ذي القربى. ومن أعظم الإساءة أن يراه يموت جوعاً وعُرياً، وهو قادر على سد خَلته وستر عَورَته، ولا يطعمه لُقمة، ولا يَستُر له عَورَةً إلا بأن يقرضه ذلك في ذِمته.
3. قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**

(1) البزار.

(2) ابن ماجه.

(3) زاد المعاد: 5/542.

وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ... ﴿٢٣٣﴾ (البقرة) فأوجب سبحانه وتعالى على الوارث مثل ما أوجب على المولود له، قال ابن جريج: قلت لعطاء (وعَلَى الوَارِثِ مِثلُ ذلكَ)، قال: على ورثة اليتيم أن ينفقوا عليه كما يرثونه. قلت له: أيُحبَسُ وارثُ المولود إن لم يكن للمولود مال؟ قال: أفيدعُه يموت؟. وقال الحسن (وعَلى الوَارِثِ مثلُ ذلكَ) قال: على الرجلِ الذي يَرِثُ أن ينفق عليه حتى يستغنيَ. وبهذا فسرَ الآية جمهورُ السلف، منهم: قتادة، ومجاهد، والضحاك، وزيدُ بن أسلم، وشريح القاضي، وقَبيصَةُ بنُ ذُؤيب، وعبدُ الله بن عتبة بن مسعود، وإبراهيم النخعي، والشعبي، وأصحابُ ابن مسعود، ومن بعدهم: سفيان الثوري، وعبد الرزاق، وأبو حنيفة وأصحابه، ومن بعدهم: أحمد، وإسحاق، وداود وأصحابهم.

4. عن كليب بن منفعة، عن جده، أنه أتى النبي ﷺ فقال: (يا رسول الله من أبَرُّ؟)، قال: (أُمكَ، وأَبَاكَ، وأُختَكَ، وَأَخَاكَ، ومَولاكَ الذي يَلي ذاك، حَقٌّ واجِبٌ ورَحِمٌ مَوصُولَةٌ)[1].

5. عن طارقِ المُحاربي قال: قدمتُ المدينة، فإذا رسولُ الله قائمٌ على المنبر يخطبُ الناسَ وهو يقولِ: (يَدُ المُعطي العُليَا، وَابدأ بِمَن تَعُول، أُمكَ وَأَبَاكَ، وَأُختَكَ وأخَاكَ، ثُم أدنَاكَ أدنَاكَ)[2].

6. عن أبي هُريرة رضي الله عنه قال: جاء رجلٌ إلى رسول الله، فقال: يا رسولَ الله من أحقُّ الناسِ بحُسن صَحَابتي؟ قال: (أُمُّك) قال: ثُم مَن؟ قال: (أُمُّكَ)، قال: ثم من؟ قال: (أُمُّكَ)، قال: ثم من؟ قال: (أَبُوكَ ثُم أَدنَاكَ أَدنَاكَ)[3].

7. عن معاوية القُشيري رضي الله عنه قال: قلتُ: يا رسولَ الله مَن أبَرُّ؟ قال: (أُمكَ)، قلتُ: ثم مَن؟ قال: (أُمكَ)، قلت: ثم من؟ قال: (أُمك)، قلت: ثم مَن؟ قال: (أَبَاكَ ثُم الأَقربَ فَالأَقرَبَ)[4].

---

(1) أبو داود.

(2) النسائي.

(3) البخاري ومسلم.

(4) الترمذي.

8. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (ابدأ بنفسكَ فتَصَدق عليها فإن فَضَلَ شَيءٌ، فلأهلكَ، فإن فضَلَ عَن أَهلكَ شَيءٌ، فلذي قَرَابَتك، فإن فَضَلَ عَن ذي قَرَابتكَ، فهكَذا وهكَذا)[1].

9. قول الصحابة رضي الله عنهم، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حَبَسَ عَصَبَةَ صبيٌ على أن يُنفقُوا عليه، الرجال دون النساء، وروي أنه وقف بني عم على مَنفُوسٍ كَلالة بالنفقة عليه مثل العاقلة، فقالوا: لا مال له، فقال: ولَو، وقوفُهم بالنفقة عليه كهيئة العقل، قال ابن المديني: قوله: ولو، أي: ولو لم يكن له مال)[2]، وروي أنه جاء ولي يتيم إلى عمرَ بنِ الخطاب رضي الله عنه، فقال: أَنفِق عليه، ثم قال: لو لم أجد إلا أقصى عشيرته لَفَرضتُ عليهم)[3]، وهو حكم زيد بن ثابت رضي الله عنه، فعنه قال: (إذا كان أُمٌّ وَعمٌّ، فعلى الأم بقدر ميراثها، وعلى العم بقدر ميراثه)[4]، قال ابن القيم: (ولا يعرفُ لعمر وزيد مخالف في الصحابة ألبتةَ)[5].

القول الثاني: لا يُجبَرُ أحدٌ على نفقةِ أحدٍ من أقاربه، وإنما ذلك برٌّ وصلَة، قال ابن القيم: (وهذا مذهب يُعزَى إلى الشعبي) فقد روي عنه أنه قال: ما رأيت أحداً أجبرَ أحداً على أحدٍ، يعني على نفقته)[6].

وقد رد ابن القيم نسبة هذا إلى الشعبي،وقال عن الرواية السابقة: (في إثبات هذا المذهب بهذا الكلام نظر، والشعبي أفقه من هذا، والظاهر أنه أراد: أن الناسَ كانوا أتقى لله من أن يحتاج الغنيُّ أن يجبرَهُ الحاكم على الإنفاق على قريبه المحتاج، فكان الناس يكتفون بإيجاب الشرع عن إيجاب الحاكم أو إجباره).

القول الثالث: أنه يجب عليه النفقةُ على أبيه الأدنى، وأمه التي ولدته خاصة، فهذان الأبوان يجبر الذكر والأنثى من الولد على النفقة عليهما إذا كانا فقيرين، فأما نفقةُ الأولادِ،

---

(1) النسائي.

(2) عبد الرزاق.

(3) ابن أبي شيبة.

(4) ابن أبي شيبة.

(5) زاد المعاد: 5 / 546.

(6) عبدُ بنُ حميدَ.

فالرجل يُجبرُ على نفقة ابنه الأدنى حتى يبلغ فقط، وعلى نفقة بنته الدنيا حتى تُزَوجَ، ولا يجبر على نفقة ابن ابنه، ولا بنت ابنه وإن سفلا، ولا تُجبَرُ الأُمُّ على نفقة ابنها وابنتها ولو كانا في غاية الحاجة والأم في غاية الغنى، ولا تجب على أحد النفقةُ على ابن ابن، ولا جد، ولا أخٍ، ولا أختٍ، ولا عمٍّ، ولا عمةٍ، ولا خالٍ ولا خالةٍ، ولا أحد من الأقارب سوى ما ذكرنا. وتجب النفقةُ مع اتحادِ الدين واختلافه حيث وجبت، وهو قول مالك، قال ابن القيم: (وهو أضيقُ المذاهب في النفقات).

القول الرابع: أنه تجبُ نفقةُ عمودي النسب خاصة، دون مَن عداهم، مع اتفاق الدين، ويَسَارِ المنفِقِ، وقدرته، وحاجة المُنفَق عليه، وعجزه عن الكسب بصغرٍ أو جنونٍ أو زمانةٍ إن كان من العمود الأسفل، وهو قول الشافعية.

واختلفوا في اشتراط العجز على الكسب، فقيل باشتراطه[1]، وقيل بعدم اشتراطه،، قال ابن القيم: (وهذا مذهب، وهو أوسع من مذهب مالك).

القول الخامس: أن النفقة تَجبُ على كل ذي رحمٍ مَحرَمٍ لذي رحمه فإن كان من الأولاد وأولادهم، أو الآباء والأجداد، وجبت نفقتُهم مع اتحاد الدين واختلافه. وإن كان من غيرهم، لم تجب إلا مع اتحاد الدين، فلا يجب على المسلم أن ينفق على ذي رحمه الكافر، ثم إنما تجب النفقة بشرط قدرة المنفِق وحاجة المنفَقِ عليه. فإن كان صغيراً اعتُبِرَ فَقرُهُ فَقَط، وإن كان كبيراً، فإن كان أنثى، فكذلك، وإن كان ذَكَراً، فلا بُد مع فقره من عَمَاهُ أو زَمَانَته، فإن كان صحيحاً بصيراً لم تجب نفقته، وهي مرتبة عنده على الميراث إلا في نفقة الولد، فإنها على أبيه.

وروي عن الحسن بن زياد اللؤلؤي: أنها على أبويه خاصة بقدر ميراثهما طرداً للقياس، وهو قول الحنفية، وهو أوسعُ من مذهب الشافعي.

القول السادس: أن القريب إن كان من عمودي النسب وجبت نفقتُه مطلقاً، سواءً كان وارثاً أو غير وارث، وهو قول للحنابلة، واختلفوا في اشتراط اتحاد الدين بينهم؟ على روايتين.

---

(1) وبهذا إذا بلغ الولد صحيحاً، سقطت نفقتُه ذكراً كان أو أنثى.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول بناء على صراحة النصوص الدالة على هذا، فهذه الأوامر الإلهية المتظافرة الواردة في قوله تعالى: ﴿ ... **وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ** ... (١٧٧) ﴾ (البقرة)، وقال تعالى: ﴿ **وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا** (٣٦) ﴾ (النساء)، وقوله تعالى: ﴿ **وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا** (٢٦) ﴾ (الإسراء) لا يصح التساهل فيها، خاصة مع وروده بصيغة الأمر التي لا تفيد في أصلها إلا الوجوب.

زيادة على هذا، فإن قواعد الشرع تقتضي هذا، قال ابن القيم: (وهو الصحيح في الدليل، وهو الذي تقتضيه أصولُ أحمد ونصوصُه وقواعد الشرع، وصلةُ الرحم التي أمر الله أن تُوصَلَ، وحرمَ الجنة على كل قاطع رحم).

زيادة على هذا، فإن هذا مما يتناسب مع مقاصد الشريعة من حماية اليتامى من التشرد والضياع، فأي دين لشخص قد يعيش في بحبوحة عيش بينما يبحث قريبه اليتيم في قمامته عما يسد به رمقه.

قد يقال: فلماذا لا يتكفل ولي المسلمين به؟.

والجواب عن ذلك: أن ولي أمر المسلمين قد يكون عادلا، ويكون المال فائضا، فيكفي المسلمين ذلك، ولكن الحال العام قد لا يوفر مثل هذا الولي، فلذلك تأتي الأحكام التوجيهية نائبة عن الأحكام التشريعية في حال التقصير فيها.

ولذلك لا ينتفع اليتيم بمثل أن يحكم على أقاربه بوجوب نفقته شرعا ليقتسموها بينهم كما يقتسمون ميراثه في حال غناه.

وقد رد ابن القيم على من أولوا ما ورد في قوله ﷺ وهو يوجب العطية للأقارب، مصرحا بأنسابهم: (وأُختَكَ وَأَخَاكَ، ثُم أَدنَاكَ فأدناكَ، حَقٌّ وَاجِبٌ وَرَحِمٌ مَوصُولَةٌ)[1]، فحملوا الحق هنا على ترك قطيعته بوجهين[2]:

---

(1) النسائي.

(2) زاد المعاد: 5/550.

الوجه الأول: أن يقال: فأي قطيعة أعظم من أن يراه يتلظى جُوعاً وعَطَشاً، ويتأذى غاية الأذى بالحر والبرد، ولا يُطعمُهُ لُقمَةً، ولا يَسقيه جَرعة، ولا يكسوه ما يستر عَورَتَهُ ويقيه الحر والبردَ، ويُسكِنُهُ تحت سقف يُظله، هذا وهو أخوه ابن أمه وأبيه، أو عمه صنو أبيه، أو خالته التي هي أمه، إنما يجب عليه من ذلك ما يجب بَذلُهُ للأجنبي البعيد، بأن يعاوضه على ذلك في الذمة إلى أن يُوسر، ثم يسترجع به عليه، هذا مع كونه في غاية اليَسَار والجِدَة، وسَعَة الأموال. فإن لم تكن هذه قطيعة، فإنا لا ندري ما هي القطيعة المحرمة، والصلَةُ التي أمر الله بها، وحرم الجنة على قاطعها.

الوجه الثاني: أن يقال: فما هذه الصلة الواجبة التي نادت عليها النصوصُ، وبالغت في إيجابها، وذَمت قاطعها؟ فأيُّ قَدرٍ زائدٍ فيها على حق الأجنبي حتى تَعقِلَهُ القلوب، وتُخبِرَ به الألسنة، وتَعملَ به الجوارحُ؟ أهو السلامُ عليه إذا لقيه، وعيادتُه إذا مرض، وتشميتُه إذا عطس، وإجابته إذا دعاهُ، وإنكم لا تُوجبون شيئاً من ذلك إلا ما يجبُ نظيرُه للأجنبي على الأجنبي؟ وإن كانت هذه الصلَةُ ترك ضربه وسبه وأذاه والإزراء به، ونحو ذلك، فهذا حق يجبُ لكل مسلم على كُل مسلم، بل للذمي البعيد على المسلم، فما خصوصيةُ صِلة الرحم الواجبة؟.

ثالثا ـ حق اليتيم في الكفالة:

لا يكفي اليتيم ما يسد به رمقه من النفقات، فقد يكون غنيا، ولا يكفيه أن يمسح المسلمون على رأسه احتراما له وابتغاء للأجر، بل يحتاج فوق ذلك إلى أسرة تكفله، وتعامله كما يعامل أبناؤها تربية وتعليما، ولذلك كان من أهم حقوق اليتيم حق الكفالة، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

1 ـ من يتكفل اليتيم:

نص الفقهاء على أن اليتيم يتولاه أحد أربعة بالترتيب التالي[1]:

الجد:

بسبب فقد الأب، وهي ولاية شرعية، أي أن الشارع فوض له التصرف في مال الولد لوفور شفقته، وهو وصف ذاتي له، فلو عزل نفسه، لم ينعزل بالإجماع؛ لأن المقتضي للولاية

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي: 155.

هنا هو الجدودة، وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضي.

الوصي:

وهي بين مرتبة الولاية والوكالة، لأنها من جهة كونها تفويضا تشبه الوكالة، ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته، وإنما جوزت وصيته للحاجة، لشفقته على الأولاد، وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية.

وقد اختلف الفقهاء بحسب تغليب أحد الشبهين، أما أبو حنيفة فلاحظ الثاني، فلم يجوِّز له عزل نفسه، وأما الشافعي فلاحظ الأول، فجوَّز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه.

ونرى أن الوصي إذا لم يكن أحد الأقارب يجوز له عزل نفسه، باعتبار الكفالة تخضع للاختيار لا للجبر، فمن الخطر تكليف شخص بتربية من لا يحب تربيته.

وقد اختلف الفقهاء ـ هنا ـ فيما لو مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر في مال ابنه، وهناك جد يصلح للنظر، هل تصح الوصية أم لا، على قولين:

القول الأول: أنه لا تصلح الوصية إليه، بل النظر إلى الجد، وهو قول للشافعية، لأن الجد يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصي.

القول الثاني: أن النظر إلى الوصي لأنه قائم مقام الأب، وهو قول أبي حنيفة، وقول للشافعية.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني عموما باعتبار الأب أحق بابنه من الجد، ولكن المسألة مع ذلك لها علاقة بولي الأمر الذي ينظر في ملابسات اختيار الأب للوصي بدل الجد، وعلى ضوئها يحدد ما يراه صالحا لليتيم.

الوكيل:

وتصرفه مستفاد من الإذن، مقيد بامتثال أمر الموكل، فلكل منهما لذلك عزل نفسه، والوكالة لذلك عقد من العقود قابل للفسخ.

ناظر الوقف:

وهو يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية، ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى، فالتفويض أصله أن يكون منه. ولكنه أذن فيه للواقف، فهي ولاية شرعية[1].

2. شروط ولي اليتيم:

نص الفقهاء على أنه يشترط في المكلف باليتيم (التكليف والحرية والإسلام والعدالة وكفاية التصرف وعدم التغافل والعداوة)، ثم قالوا: (وحاصل الشروط أن تقبل شهادته على الطفل)[2].

وسنذكر هنا بعض الشروط بأدلتها وما وقع فيها من خلاف:

ولاية المرأة:

اختلف الفقهاء في صحة ولاية المرأة على اليتيم في ماله على قولين:

القول الأول: لا ولاية للأم على مال الصغير،، لكن يجوز أن يوصى إليها فتصير وصية بالإيصاء[3]، وهو قول جمهور الفقهاء، لأن الولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنها ولاية بالشرع فلم تستحقها الأم كولاية النكاح.

2. أن قرابة الأم لا تتضمن تعصيباً، فلم تتضمن ولاية لقرابة الخال.

القول الثاني: تكون لها الولاية بعد الأب والجد، وهو قول للشافعية – خلاف الأصح – وهو قول ذكره القاضي والشيخ تقي الدين بن تيمية من الحنابلة. ومن الأدلة على ذلك:

---

(1) وقد ورد الخلاف في صحة انعزاله، انظر (تسريح الناظر في انعزال الناظر) نقلا عن الأشباه والنظائر للسيوطي: 155.

(2) انظر: فتاوى الرملي: 2 / 89، الكافي في فقه ابن حنبل: 4 / 433، إعانة الطالبين: 4 / 150، حاشية البجيرمي: 1 / 403، القوانين الفقهية: 125.

(3) على خلاف في ذلك أيضا، فقد قيل بانه لا وصية لها، بل النظر إلى السلطان، وروي عن عطاء بن أبي رباح أنه قال في رجل أوصى إلى أمرأته قال: لا تكون المرأة وصيا، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه.

1. قوله تعالى: ﴿ إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿٣٥﴾ ﴾ (آل عمران) فهو يدل على أن للأم ضربا من الولاية على الولد في تأديبه وتعليمه وإمساكه وتربيته، لولا أنها تملك ذلك لما نذرته في ولدها.

2. أنها أحد الأبوين.

3. أن عمر أوصى إلى حفصة.

4. عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دخلت هند بنت عتبة – امرأة أبي سفيان – على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه. فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك) [1]، قال ابن دقيق العيد: (وفيه دليل على تصرف المرأة في نفقة ولدها في الجملة، وقد يستدل به من يرى: أن للمرأة ولاية على ولدها، من حيث إن صرف المال إلى المحجور عليه، أو تمليكه له: يحتاج إلى ولاية) [2].

5. أنها أكثر شفقة على الابن.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني بناء على ما ذكرنا سابقا من أن الشرع لم يحجر على المرأة في التصرفات المالية مهما كان نوعها، فلذلك يجوز لها التصرف في مال غيره، سواء بالكفالة أو بالوصية، ما دام لها الحق في التصرف في مالها سواء بسواء.

ثم ما الفرق بينها وبين الرجل في ذلك؟ خاصة إن كانت أمه، ولكنها إن أساءت التصرف كان للقاضي منعها كما يمنع الرجل سواء كان وصيا أو غيره.

الأقوم فالأقوم:

وذلك في حال الاختلاف أو التنازع، أو كثرة من ترشح للكفالة، قال العز: (إذا اجتمع جماعة يصلحون للقيام بالأيتام، قدم الحاكم أقومهم بذلك وأعرفهم بمصالح الأيتام، وأشدهم

---

(1) سبق تخريجه.

(2) شرح عمدة الأحكام: 2/ 270.

شفقة ومرحمة، فإن تساووا من كل وجه تخير، ويجوز أن يولي كل واحد منهم بعض الولاية ما لم يكن بينهما تنازع واختلاف يؤدي إلى تعطيل مصالحها، وتعطيل درء مفاسدها، لأن الولاية كلما ضاقت قوي الوالي على القيام بجلب مصالحها ودرء مفاسدها، وكلما اتسعت عجز الوالي عن القيام بذلك)[1] .

العدالة:

اتفق الفقهاء على أن من شروط ولي اليتيم أن يكون عدلا لأنها ولاية، وتفويضها إلى غير العدل تضييع للصبي ولمال الصبي.

وقد نقل الجصاص الإجماع على هذا الشرط، فقال: (ولا خلاف في ذلك نعلمه، ألا ترى أنه لا خلاف بين المسلمين في أن القاضي إذا فسق بأخذ الرشا أو ميل إلى هوى وترك الحكم أنه معزول غير جائز الحكم؟ فكذلك حكم الله فيمن ائتمنه على أموال الأيتام من قاض أو وصي أو أمين أو حاكم، فغير جائز ثبوت ولايته في ذلك إلا على شرط العدالة وصحة الأمانة)[2] .

ومما استدل به على ذلك قوله تعالى: ﴿ ... **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴿٦﴾ ﴾ (النساء)، قال الجصاص في بيان وجه الاستدلال بها: (الآية التي تقدم ذكرها في أمر الأيتام تدل على أن سبيل الأيتام أن يلي عليهم غيرهم في حفظ أموالهم والتصرف عليهم فيما يعود نفعه عليهم وهم وصي الأب أو الجد إن لم يكن وصي أب، أو وصي الجد إن لم يكن أحد من هؤلاء، أو أمين حاكم عدل بعد أن يكون الأمين أيضا عدلا؛ وكذلك شرط الأوصياء والجد والأب وكل من يتصرف على الصغير لا يستحق الولاية عليه إلا أن يكون عدلا مأمونا. فأما الفاسق والمتهم من الآباء والمرتشي من الحكام والأوصياء والأمناء غير المأمونين فإن واحدا من هؤلاء غير جائز له التصرف على الصغير)[3] .

وقد نصوا على أن العدالة المشروطة في الولاية على اليتيم هي الولاية الظاهرة والباطنة بخلاف ولاية الأب، فإنه لا تشترط العدالة الباطنة، فلذلك تثبت الولاية للأب مثلا إذا كان مستور الحال لا يعرف عدالته ولا فسقه؛ وذلك لوفور شفقته وكمالها على ولده.

---

(1) قواعد الاحكام: 1 / 76 .

(2) الجصاص: 1 / 100 .

(3) الجصاص: 1 / 100 .

وقد سئل الرملي في فتاواه: (هل يشترط في الوصي الذي يلي أمر الطفل أو نحوه العدالة الباطنة)، فأجاب: (بأنه يشترط فيه العدالة الباطنة لأن الإيصاء أمانة وولاية على محجور عليه فقد قالوا في باب الحجر ويكفي في الأب والجد العدالة الظاهرة فأفهم اشتراط العدالة الباطنة في الوصي والقيم وهو ظاهر).

ولكن مع هذا، فقد نص الفقهاء على أنه في الحال التي يفقد فيها الولي العدل، فإنه لا بأس من تولي من هو دونه على حسب المراتب في ذلك، قال العز بن عبد السلام: (إذا تعذرت العدالة في ولاية الأيتام فيختص بها أقلهم فسوقا فأقلهم، لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل، فإذا كان مال اليتيم ألفا وأقل ولاية فسوقا يخون في مائة من الألف ويحفظ الباقي لم يجز أن يدفع إلى من يخون في مائتين فما زاد عليها).

القدرة:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط فيمن يتولى الأيتام القدرة على القيام بها، وأنه لا يجوز تقليد من لا يقوى على النهوض بها، كما لا يجوز لمن لا يعلم في نفسه القدرة على القيام بها قبولها.

وقد روي في ذلك عن أبي ذر رضي الله عنه: قلت: (يا رسول الله ألا تستعملني؟)، قال: فضرب بيده على منكبي، ثم قال: (يا أبا ذر: إنك ضعيف، وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها)[1].

الإسلام:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يتولى الكافر اليتيم المسلم، وقد استدل الفقهاء بالنصوص الدالة على حرمة موالاة الكافرين، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ** (٥١) ﴾ (المائدة)، قال الجصاص: (وفي هذه الآية دلالة على أن الكافر لا يكون وليا للمسلم لا في التصرف ولا في النصرة؛ ويدل على وجوب البراءة من الكفار والعداوة لهم؛ لأن الولاية ضد العداوة، فإذا أمرنا بمعاداة اليهود والنصارى لكفرهم فغيرهم من الكفار بمنزلتهم)[2].

---

(1) مسلم وابن سعد وابن خزيمة وأبو عوانة والحاكم عن أبي ذر.

(2) الجصاص: 2 / 622.

وقد ذكر ابن تيمية النصوص التي تدل على حرمة تولي غير المسلمين، فقال: (والله سبحانه قد قطع الولاية في كتابه بين المؤمنين والكافرين، وأوجب البراءة بينهم من الطرفين، وأثبت الولاية بين المؤمنين، فقد قال تعالى: ﴿ **قَدْ كَانَتْ لَكُمْ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ فِي إِبْرَاهِيمَ وَالَّذِينَ مَعَهُ إِذْ قَالُوا لِقَوْمِهِمْ إِنَّا بُرَآءُ مِنكُمْ وَمِمَّا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ كَفَرْنَا بِكُمْ وَبَدَا بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةُ وَالْبَغْضَاءُ أَبَدًا حَتَّىٰ تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَحْدَهُ** ... (٤) ﴾ (الممتحنة)، وقال تعالى: ﴿ **لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ** ... (٢٢) ﴾ (المجادلة)، وقال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ** ... (٥١) ﴾ (المائدة) ... والله تعالى إنما أثبت الولاية بين أولي الأرحام بشرط الإيمان، كما قال تعالى: ﴿ ... **وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ** ... (٦) ﴾ (الأحزاب)، وقال تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَّنَصَرُوا أُولَٰئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ... (٧٢) ﴾ (الأنفال))[1].

3 ـ دور الولي:

اتفق الفقهاء على أن دور ولي اليتيم المتكفل به، هو نفس دور والده، فهو نائب عن والده في ذلك، قال ابن العربي: (قال علماؤنا: في قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ** ... (٦) ﴾ (النساء) دليل على أن للوصي والكافل أن يحفظ الصبي في بدنه وماله؛ إذ لا يصح الابتلاء إلا بذلك، فالمال يحفظه بضبطه والبدن يحفظه بأدبه)[2].

بل ورد النص على ذلك، فقد روي أن رجلا قال للنبي ﷺ: إن في حجري يتيما أآكل من ماله؟ قال: (نعم، غير متأثل مالا ولا واق مالك بماله) قال: يا رسول الله، أفأضربه؟ قال: (ما كنت ضاربا منه ولدك)[3].

قال ابن العربي تعليقا على هذا الحديث: (وهذا وإن لم يثبت مسندا فليس يجد عنه أحد ملتحدا؛ لأن المقصود الإصلاح، وإصلاح البدن أوكد من إصلاح المال؛ والدليل عليه أنه يعلمه الصلاة، ويضربه عليها، ويكفه عن الحرام بالكهر والقهر)[4].

---

(1) الفتاوى الكبرى: 3 / 130.

(2) ابن العربي: 1 / 425.

(3) ابن عساكر.

(4) ابن العربي: 1 / 425.

حقيقة اختبار اليتامى وكيفيته:

وهو من أدوار المتكفل باليتيم، وقد نص عليه قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ ... ⟨٦⟩ ﴾ (النساء)؛ لأن المراد من الابتلاء هنا هو تحقق الرشد في اليتيم، ومما قيل في تفسير الرشد قول الحسن وقتادة وغيرهما: صلاحا في العقل والدين. وقال ابن عباس والسدي والثوري: صلاحا في العقل وحفظ المال، وقال سعيد بن جبير والشعبي: إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده؛ فلا يدفع إلى اليتيم ماله وإن كان شيخا حتى يؤنس منه رشده. وهكذا قال الضحاك: لا يعطى اليتيم وإن بلغ مائة سنة حتى يعلم منه إصلاح ماله، وقال مجاهد: رشدا يعني في العقل خاصة.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في كيفية اختبار اليتامى:

ومما قيل في ذلك: أن يتأمل الوصي أخلاق يتيمه، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه وضبط ماله، والإهمال لذلك. فإذا توسم الخير لا بأس أن يدفع إليه شيئا من ماله يبيح له التصرف فيه، فإن نماه وحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار، ووجب على الوصي تسليم جميع ماله إليه. وإن أساء النظر فيه وجب عليه إمساك ماله عنده.

قال الشافعي: (وإنما يعرف إصلاح المال بأن يختبر اليتيم والاختبار يختلف بقدر حال المختبر فإن كان من الرجال ممن يتبذل فيختلط الناس استدل بمخالطته الناس في الشراء والبيع قبل البلوغ وبعده حتى يعرف أنه يحب توفير ماله والزيادة فيه وأن لا يتلفه فيما لا يعود عليه نفعه كان اختبار هذا قريبا وإن كان ممن يصان عن الأسواق كان اختباره أبعد قليلا من اختبار الذي قبله) [1].

وضرب مثالا على ذلك بأن يدفع إلى المولى عليه نفقة شهر فإن أحسن إنفاقها على نفسه وأحسن شراء ما يحتاج إليه منها مع النفقة اختبر بشيء يسير يدفع إليه فإذا أونس منه توفير له وعقل يعرف به حسن النظر لنفسه في إبقاء ماله دفع إليه ماله).

ونص على كيفية اختبار المرأة بقوله: (تختبر المرأة مع علم صلاحها بقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد من هذا قليلا فيختبرها النساء وذوو المحارم بها من دفع النفقة وما يشترى لها

(1) الأم: 3/220.

من الأدم وغيره فإذا آنسوا منها صلاحا لما تعطى من نفقتها كما وصفت في الغلام البالغ فإذا عرف منها صلاح دفع إليها اليسير منه فإن هي أصلحته دفع إليها مالها نكحت أو لم تنكح لا يزيد في رشدها ولا ينقص منه النكاح ولا تركه كما لا يزيد في رشد الغلام ولا ينقص منه وأيهما نكح وهو غير رشيد وولد له ولي عليه ماله؛ لأن شرط الله – عز وجل – أن يدفع إليه إذا جمع الرشد مع البلوغ، وليس النكاح بواحد منهما)[1] .

رابعا ـ حق اليتيم في حفظ ماله :

لا خلاف بين العلماء في اعتبار أكل أموال اليتامى أو التصرف فيها بما لا يخدم مصلحة اليتيم من المحرمات، بل من كبائر المحرمات، وقد نص على ذلك قوله ﷺ الذي يعد أمهات الكبائر وأصولها: (اجتنبوا السبع الموبقات)، قالوا: (يا رسول الله وما هن؟)، قال: (الشرك بالله والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا وأكل مال اليتيم؛ والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات)[2] .

بل إنه من الكبائر الكبرى، فلذلك يقرن في النصوص بها، كقوله ﷺ : (أربع حق على الله أن لا يدخلهم الجنة ولا يذيقهم نعيمها: مدمن خمر، وآكل الربا، وآكل مال اليتيم بغير حق، والعاق لوالديه)[3] .

قال ابن حجر يذكر إجماع العلماء على هذا: (عد هذا كبيرة هو ما اتفقوا عليه لما ذكر) .

ثم قال مبينا أن هذا الحكم ينطبق على أكل الكثير والقليل: (وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أكل قليله وكثيره ولو حبة على ما مر في بخس الكيل والوزن) .

وعلل ذلك بقوله: (فلو لم يحكم في القليل بكونه كبيرة لجره ذلك إلى الكثير إذ لا مانع له لأنه مستولٍ على الكل فتعين الحكم بالكبيرة على أخذ القليل والكثير) .

وقد اعتبر علماء الأخلاق المسلمين هذا الذنب من من نوع (الذنوب البهيمية)، وهي الذنوب التي تمثل شره النفس وحرصها على قضاء شهوة البطن والفرج، ومثلها: الزنا والسرقة وأكل أموال الناس بالباطل والبخل والشح والجبن والهلع والجزع وغير ذلك.

---

(1) الأم: 3 / 220.

(2) الشيخان وغيرهما.

(3) الحاكم وصححه.

وهذا التقسيم له أهميته في العلاج من هذا الذنب، فالذنوب البهيمية تداوى بالألم، وبالشعور بالمرارة التي تحيل اللذة التي يستشعرها المذنب ألما وأسفا وحسرة، وهذا ما سلكته النصوص القرآنية في علاج هذه الظاهرة التي كانت مستشرية في المجتمع الجاهلي، والتي هي في الحقيقة ظاهرة من ظواهر الجاهلية الأولى أو الآخرة.

فقد ختم الله تعالى الآيات التي تحدثت عن حفظ الحقوق المالية لليتامى، والتي تبدأ من قوله تعالى: ﴿ **وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا** (٢) ﴾ (النساء) بآيتين تبينان مصير من فرط في هذه الأوامر الإلهية، كل آية منهما ذكرت نوعا من أنواع المصير:

أما الأولى فقوله تعالى: ﴿ **وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا** (٩) ﴾ (النساء)، وقد تضمنت عقوبة دنيوية، أو تحذيرا من عقوبة دنيوية.

وأما الثانية فقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** (١٠) ﴾ (النساء)، وقد تضمنت المصير الذي يئول إليه من استحل أكل أموال اليتامى ظلما.

وسنسلك هنا نفس الترتيب القرآني لنستلهم الطريقة القرآنية في علاج هذه الظاهرة الخطيرة:

المصير الدنيوي:

من الناس من لا يردعه الترهيب من العقاب الأخروي بقدر ما يرهبه العقاب الدنيوي، يقول الغزالي عند ذكر دور العلماء في حل عقدة الإصرار من المجتمع: (النوع الثالث: أن يقرر عندهم أن تعجيل العقوبة فى الدنيا متوقع على الذنوب، وأن كل ما يصيب العبد من المصائب فهو بسبب جناياته، فرب عبد يتساهل فى أمر الآخرة ويخاف من عقوبة الله فى الدنيا أكثر لفرط جهله، فينبغى أن يخوف به فإن الذنوب كلها يتعجل فى الدنيا شؤمها فى غالب الأمر)[1].

---

(1) إحياء علوم الدين: 4/ 52.

وقد ذكر ابن الجوزي الكثير من الشواهد على هذا، ومنها ما قاله مخبرا عن بعضهم: (قد عبت شخصاً قد ذهب بعض أسنانه فانتثرت أسناني، ونظرت إلى امرأة لا تحل فنظر إلى زوجتي من لا أريد)، وقال ابن سيرين: (عيرت رجلاً بالإفلاس فأفلست ومثل هذا كثير).

وذكر عن بعض العاقين أنه ضرب أباه وسحبه إلى مكان فقال له الأب: حسبك إلى ههنا سحبت أبي.

قال ابن الجوزي: (ومن أعجب ما سمعت فيه عن الوزير ابن حصير الملقب بالنظام أن المقتفى غضب عليه وأمر بأن يؤخذ منه عشرة آلاف دينار. فدخل عليه أهله محزونين وقالوا له: من أين لك عشرة آلاف دينار؟ فقال: ما يؤخذ مني عشرة ولا خمسة ولا أربعة. قالوا: من أين لك؟ قال: إني ظلمت رجلاً فألزمته ثلاثة آلاف فما يؤخذ مني أكثر منها. فلما أدى ثلاثة آلاف دينار وقع الخليفة بإطلاقه ومسامحته في الباقي.

وذكر عن تأثير الذنوب في بعض الأكابر، فقال: (ما زلت أسمع عن جماعة من الأكابر وأرباب المناصب أنهم يشربون الخمور ويفسقون ويظلمون ويفعلون أشياء توجب الحدود فبقيت أتفكر أقول متى يثبت على مثل هؤلاء ما يوجب حداً ولو ثبت فمن يقيمه. وأستبعد هذا في العادة لأنهم في مقام احترام لأجل مناصبهم. فبقيت أتفكر في تعطيل الحد الواجب عليهم حتى رأيناهم قد نكبوا وأخذوا مرات ومرت عليهم العجائب. فقوبل ظلمهم بأخذ أموالهم وأخذت منهم الحدود مضاعفة بعد الحبس الطويل والقيد الثقيل والذل العظيم. وفيهم من قتل بعد ملاقاة كل شدة فعلمت أنه ما يهمل شيء فالحذر الحذر فإن العقوبة بالمرصاد).

قال ابن الجوزي معلقا على هذا: (وأنا أقول عن نفسي: ما نزلت بي آفة أو غم أو ضيق صدر إلا بزلل أعرفه حتى يمكنني أن وربما تأولت فيه بعد فأرى العقوبة. فينبغي للإنسان أن يترقب جزاء الذنوب فقل أن يسلم منه. وليجتهد في التوبة فقد روي في الحديث ما من شيء أسرع لحاقاً بشيء من حسنة حديثة لذنب قديم. ومع التوبة يكون خائفاً من المؤاخذة متوقعاً لها فإن الله تعالى قد تاب على الأنبياء عليهم السلام. وفي حديث الشفاعة يقول آدم ذنبي ويقول إبراهيم وموسى ذنبي).

انطلاقا من هذا، فإن لخوف العقوبة العاجلة تأثيرها التربوي العظيم في علاج هذه الظاهرة وغيرها من الظواهر، ولذلك قدم القرآن الكريم هذا المصير أو هذه العقوبة على عقوبة

الآخرة، فقال تعالى: ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا (٩) ﴾ (النساء).

فمن التفاسير الواردة في الآية[1] ما حكاه ابن جرير عن ابن عباس رضي الله عنه، من أنها خطاب للمتكفلين باليتامى، أي كما تحب أن تعامل ذريتك من بعدك، فعامل الناس في ذراريهم إذا وليتهم، قال ابن كثير: (وهو قول حسن يتأيد بما بعده من التهديد في أكل أموال اليتامى ظلماً).

وهو أسلوب قرآني يستنفر الخيال المؤيد بالعقل ليقاوم ما تأصل من المنكرات، ومثله ما ورد في سورة البقرة من قوله تعالى: ﴿ أَيَوَدُّ أَحَدُكُمْ أَن تَكُونَ لَهُ جَنَّةٌ مِّن نَّخِيلٍ وَأَعْنَابٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الأَنْهَارُ لَهُ فِيهَا مِن كُلِّ الثَّمَرَاتِ وَأَصَابَهُ الْكِبَرُ وَلَهُ ذُرِّيَّةٌ ضُعَفَاءُ فَأَصَابَهَا إِعْصَارٌ فِيهِ نَارٌ فَاحْتَرَقَتْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ (٢٦٦) ﴾ (البقرة).

فالآية الكريمة ترسم صورة تشخيصية حية لمن يفسد صدقته بالمن والأذى بمن يملك جنة من نخيل وأعناب تجري من تحتها الأنهار، له فيها من كل الثمرات فهي كالصدقة في طبيعتها وفي آثارها ذات روح وظل، وذات خير وبركة، وذات غذاء وري، وذات زكاة ونماء، (فمن ذا الذي يود أن تكون له هذه الجنة – أو هذه الحسنة – ثم يرسل عليها المن والأذى يمحقها محقا، كما يمحق الجنة الإعصار فيه نار؟ ومتى؟ في أشد ساعاته عجزا عن إنقاذها، وحاجة إلى ظلها ونعمائها! وأصابه الكبر وله ذرية ضعفاء. فأصابها إعصار فيه نار فاحترقت.. من ذا الذي يود هذا؟ ومن ذا الذي يفكر في ذلك المصير ثم لا يتقيه)[2].

ومثل هذا هذه الآية، فهي تدعو إلى نظرة إلى المستقبل عندما يحل بالوصي على اليتيم ما حل بوالد اليتامى الذين يكفلهم، فهل يود هذا الوصي أن يحل بأولاده ما لا يرضى، يقول

---

(1) وقد فسرها ابن عباس رضي الله عنه تفسيرا ثانيا، وهو أنها في الرجل يحضره الموت، فيسمعه رجل يوصي بوصية تضر بورثته، فأمر الله تعالى الذي يسمعه أن يتقي الله ويوفقه ويسدده للصواب، فينظر لورثته كما كان يجب أن يصنع بورثته إذا خشي عليهم الضيعة؛ وهكذا قال مجاهد وغير واحد.

ويدل على هذا من السنة ما ورد في الصحيحين: أن رسول الله ﷺ لما دخل على سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يعوده، قال: يا رسول الله إني ذو مال ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي، قال: لا، قال: فالشطر؟ قال: لا، قال: فالثلث قال: (الثلث، والثلث كثير)، ثم قال رسول الله ﷺ: (إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس).

(2) الظلال: 1/310.

سيد قطب: (وهكذا تمس اللمسة الأولى شغاف القلوب. قلوب الآباء المرهفة الحساسية تجاه ذريتهم الصغار. بتصور ذريتهم الضعاف مكسوري الجناح، لا راحم لهم ولا عاصم. كي يعطفهم هذا التصور على اليتامى الذين وكلت إليهم أقدارهم، بعد أن فقدوا الآباء. فهم لا يدرون أن تكون ذريتهم غدا موكولة إلى من بعدهم من الأحياء، كما وكلت إليهم هم أقدار هؤلاء.. مع توصيتهم بتقوى الله فيمن ولاهم الله عليهم من الصغار، لعل الله أن يهيئ لصغارهم من يتولى أمرهم بالتقوى والتحرج والحنان. وتوصيتهم كذلك بأن يقولوا في شأن اليتامى قولا سديدا، وهم يربونهم ويرعونهم كما يرعون أموالهم ومتاعهم)[1].

ولهذا أخبر القرآن الكريم بأن صلاح الأب كان سببا في حفظ مال الغلامين اللذين ورد ذكرهما في قصة الخضر مع موسى عليه السلام، بل إن الله أرسل نبيا ووليا ليحفظ لهما مالهما، قال تعالى: ﴿ **وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنزٌ لَّهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَن يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنزَهُمَا رَحْمَةً مِّن رَّبِّكَ ...** (٨٢) ﴾ (الكهف).

وأخرج ابن جرير عن الشيباني قال: كنا بالقسطنطينية أيام مسلمة بن عبد الملك وفينا ابن محيريز، وابن الديلمي، وهانئ بن كلثوم، فجعلنا نتذاكر ما يكون في آخر الزمان، فضقت ذرعا بما سمعت فقلت لابن الديلمي: يا أبا بشر يودني أنه لا يولد لي ولد أبدا. فضرب بيده على منكبي وقال: يا ابن أخي لا تفعل، فإنه ليست من نسمة كتب الله لها أن تخرج من صلب رجل وهي خارجة إن شاء وإن أبى. قال: ألا أدلك على أمر إن أنت أدركته نجاك الله منه، وإن تركت ولدك من بعدك حفظهم الله فيك؟ قلت: بلى. فتلا علي هذه الآية: ﴿ **وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا** (٩) ﴾ (النساء))[2].

وفي الآية إشارة أخرى، قال القرطبي: (ففيه ما يدل على أن الله تعالى يحفظ الصالح في نفسه وفي ولده وإن بعدوا عنه، وقد روي أن الله تعالى يحفظ الصالح في سبعة من ذريته؛ وعلى هذا يدل قوله تعالى: ﴿ **إِنَّ وَلِيِّيَ اللَّهُ الَّذِي نَزَّلَ الْكِتَابَ وَهُوَ يَتَوَلَّى الصَّالِحِينَ** (١٩٦) ﴾ (الأعراف)[3].

---

(1) الظلال: 1 / 580.

(2) الطبري: 4 / 272.

(3) القرطبي: 11 / 39.

وقد قال ابن عباس رضي الله عنه : (إن الله يصلح بصلاح الرجل ولده وولد ولده ويحفظه في ذريته والدويرات حوله، فما يزالون في ستر من الله وعافية)[1].

بل نص على ذلك قوله ﷺ : (إن الله يصلح بصلاح الرجل الصالح ولده وولد ولده وأهل دويرات حوله، فما يزالون في حفظ الله ما دام فيهم)[2].

الترهيب الأخروي:

وقد ورد في نصوص كثيرة، منها هذا المشهد المرعب الذي ينص عليه قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾ ﴾ (النساء).

فالآية تخبر أن ما يأكله الأوصياء من أموال اليتامى إنما يأكلون في الحقيقة نارا تتأجج في بطونهم يوم القيامة، يقول سيد قطب : (أما اللمسة الثانية، فهي صورة مفزعة :صورة النار في البطون، وصورة السعير في نهاية المطاف، إن هذا المال نار، وإنهم ليأكلون هذه النار . وإن مصيرهم لإلى النار فهي النار تشوي البطون وتشوي الجلود . هي النار من باطن وظاهر . هي النار مجسمة حتى لتكاد تحسها البطون والجلود، وحتى لتكاد تراها العيون، وهي تشوي البطون والجلود)[3].

وقد عبر تعالى بالأكل، والمراد كل أنواع الإتلاف، لأن ضرر اليتيم لا يختلف بكون إتلاف ماله بأكل أو غيره[4].

وقد ورد في الآثار زيادة تفاصيل لهذا المشهد الذي صوره القرآن الكريم، قال السدي : (يبعث آكل مال اليتيم يوم القيامة ولهب النار يخرج من فيه ومن مسامعه وأنفه وعينيه، يعرفه كل من رآه بأكل مال اليتيم) .

---

(1) ابن أبي حاتم .

(2) ابن مردويه عن جابر .

(3) الظلال : 1 / 588 .

(4) ربما خص الأكل بالذكر لأن عامة أموالهم في ذلك الوقت الأنعام، وهي يؤكل لحمها ويشرب لبنها، أو لكونه هو المقصود من التصرفات .

وقد فسر ﷺ ذلك بقوله: (يبعث يوم القيامة قوم في قبورهم تأجج أفواههم نارا، فقيل من هم يا رسول الله؟ قال: ألم تر أن الله يقول: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ⑩ ﴾ (النساء))[1].

ومما رآه ﷺ في حديث المعراج، قال: (فإذا أنا برجال قد وكل بهم رجال يفكون لحاهم، وآخرون يجيئون بالصخور من النار فيقذفونها في أفواههم فتخرج من أدبارهم. فقلت يا جبريل من هؤلاء؟ قال: الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا)[2].

وروى أبو سعيد الخدري قال: حدثنا النبي ﷺ عن ليلة أسري به قال: (رأيت قوما لهم مشافر كمشافر الإبل، وقد وكل بهم من يأخذ بمشافرهم، ثم يجعل في أفواههم صخرا من نار يخرج من أسافلهم، فقلت: (يا جبريل من هؤلاء) قال: (هم الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما).

وقد كان لهذه النصوص أثرها في نفوس المسلمين، حيث هزتهم هزة عنيفة ألقت عنها هذه الرواسب. وأشاعت فيها الخوف والتحرج والتقوى والحذر من المساس – أي مساس – بأموال اليتامى، وكأنهم صاروا يرون فيها النار التي حدثهم الله عنها في هذه النصوص فصاروا يجفلون أن يمسوها ويبالغون في هذا الإجفال[3].

ومما ورد من الآثار الدالة على ذلك ما روي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال: لما نزلت: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ⑩ ﴾ (النساء) انطلق من كان عنده يتيم، فعزل طعامه من طعامه، وشرابه من شرابه، فجعل يفضل الشيء، فيحبس له، حتى يأكله أو يفسد. فاشتد ذلك عليهم. فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ، فأنزل الله: ﴿ ... **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ㉒⓪ ﴾ (البقرة)، فخلطوا طعامهم بطعامهم، وشرابهم بشرابهم).

---

(1) أبو يعلى.

(2) مسلم.

(3) الظلال: 589/1.

المبحث الثالث

الضوابط الشرعية لحفظ مال اليتيم

انطلاقا مما سبق ذكره فإن النصوص الشرعية أولت اهتماما بالغا بحفظ أموال اليتامى، وجاءت التشريعات المختلفة لخدمة هذا الغرض، وخدمة لما ورد في التوجيهات من الحرص على أموال اليتامى.

وبما أن هذا المبحث يتداخل في كثير من تفاصيله بأبواب (فقه المال) إلا أنا سنحاول هنا الاقتصار على ما تمس إليه الحاجة من التفاصيل الخاصة بحفظ مال اليتامى، وهما جهتان:

الأولى: تبيين المظاهر التي قد يستغل فيها مال اليتيم للتحذير منها.

الثانية: تبيين التصرفات الصالحة التي قد يستثمر فيها مال اليتيم خدمة لمصالحه.

وقد خصصنا كل ناحية من هاتين الناحيتين بمطلب خاص.

أولا ـ مظاهر الظلم في أكل أموال اليتامى:

نص القرآن الكريم على بعض أصول استغلال اليتامى، والتي يمكن أن يقاس عليها غيرها، فقال تعالى: ﴿ **وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا** ﴿٢﴾ ﴾ (النساء) فقد نصت هذه الآية على مظهرين من مظاهر أكل مال اليتامى، هما: خلط مال اليتامى بمال الولي، والثاني استبدال الجيد من الأموال بالرديء.

ونص قوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿٦﴾ ﴾ (النساء) على مظهر ثالث وهو المسارعة بأكلها قبل أن يكبر اليتيم.

ونص قوله تعالى: ﴿ **وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا** ﴿١٢٧﴾ ﴾ (النساء) على مظهر رابع، وهو تزوج اليتيمة رغبة في مالها، فعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ: أن هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، فإن كان لها مال وجمال تزوجها ولم يقسط في صداقها؛ فإن لم يكن لها مال لم يتزوجها، فنهى أن يتزوجها حتى يقسط في صداقها، من أجل رغبته عن نكاحها إذا لم يكن لها مال).

وسنتحدث في هذا المطلب عن هذه المظاهر الأربعة[1] :

1 ـ استبدال الجيد بالرديء:

وقد نص على هذا النوع من التحايل على أكل أموال اليتامى قوله تعالى : ﴿ ... **وَلا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ** ... ② ﴾ (النساء) .

فالخبيث هو ما نفرت النفس منه، أو لم تقبله إلا بعد أن يتنازل عن شيء من ثمنه، كما قال تعالى : ﴿ ... **وَلا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِآخِذِيهِ إِلاَّ أَن تُغْمِضُوا فِيهِ** ... ٢٦٧ ﴾ (البقرة) .

فكذلك قد يفعل المحتال على أكل أموال اليتامى حيث يسارع قبل بلوغ الصبي، فيبدل أمواله الجيدة بماله الرديء، كأن يأخذ أرضهم الجيدة، ويبدلها بأرض رديئة، أو ماشيتهم، أو أسهمهم، أو نقودهم – وفي النقد الجيد ذو القيمة العالية والرديء ذو القيمة الهابطة – أو أي نوع من أنواع المال، فيه الجيد وفيه الرديء، كما روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه في تفسير الآية السابقة : (لا تعط مهزولا وتأخذ سمينا)[2] وعن إبراهيم النخعي رضي الله عنه أنه قال : (لا تعط زائفا وتأخذ جيدا)[3] .

وقد روي أن ذلك كان من فعل الجاهلية، فعن السدي في الآية قال : (كان أحدهم يأخذ الشاة السمينة من غنم اليتيم ويجعل فيها مكانها الشاة المهزولة، ويقول : شاة بشاة، ويأخذ الدرهم الجيد ويطرح مكانه الزيف، ويقول : درهم بدرهم) .

---

(1) ومما يمكن أن يعتبر مظهرا من مظاهر أكل مال اليتامى تسليم المال للسفهاء قبل الرشد لاحتمال الاستفادة من ذلك ـ كما ذكرناه في محله ـ.

(2) ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم.

(3) وهذا الذي ذكروه هو ظاهر الآية، وقد قيل فيها قول آخر، وهو (لا تأكلوا أموال اليتامى وهي محرمة خبيثة وتدعوا الطيب وهو مالكم)، قال مجاهد وأبو صالح وباذان : (لا تتعجلوا أكل الخبيث من أموالهم وتدعوا انتظار الرزق الحلال من عند الله).

وقد روي في ذلك حديث أخرجه ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير قال : إن رجلا من غطفان كان معه مال كثير لابن أخ له يتيم، فلما بلغ اليتيم طلب ماله فمنعه عنه، فخاصمه إلى النبي ﷺ ، فنزلت : (وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ) (النساء : من الآية2) يعني الأوصياء يقول : أعطوا اليتامى أموالهم (وَلا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ) (النساء : من الآية2)، يقول : لا تتبدلوا الحرام من أموال الناس بالحلال من أموالكم. يقول : لا تبذروا أموالكم الحلال وتأكلوا أموالهم الحرام .انظر : القرطبي : 5/ 9، ابن كثير : 3/ 13 .

2. **خلط الأموال:**

وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا** (٢) ﴾ (النساء) قال مجاهد وسعيد بن جبير: (أي لا تخلطوها فتأكلوها جميعاً)، ﴿ **حُوبًا كَبِيرًا** ﴾ قال ابن عباس: أي إثماً عظيماً.

ففي هذ الآية تحريم لخلط الأموال بغرض الاستيلاء على مال اليتيم.

3. **استغلال مال اليتامى في الحاجات المتعلقة بالولي:**

ولا نريد بهذا أكل مال اليتامى، والذي اتفق الفقهاء جميعا على تحريمه، وإنما نريد به استغلال بعض مال اليتامى في بعض الحاجات الخاصة بالولي كأكله وركوبه وسكنه ونحو ذلك.

وقد نص تحريم هذا المظهر من مظاهر الأكل في قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ... (٦) ﴾ (النساء).

وهي من الآيات المتشابهات اللاتي يحملن معاني مختلفة، ولذلك حصل الخلاف بين السلف والخلف في تأويلها، وبناء على ذلك حصل الخلاف الفقهي فيما يستنبط منها:

ولذلك سننطلق من الخلاف الوارد في الآية لنتحدث عن بعض المسائل المرتبطة بهذا النوع:

المخاطب بالآية:

اختلف العلماء في المخاطب بهذه الآية على الأقوال التالية:

القول الأول: ولي اليتيم الذي يقوم عليه ومصلحه إذا كان محتاجا جاز أن يأكل منه، وهو قول الجمهور، ومن الأدلة على ذلك:

1. عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ في قوله تعالى: ﴿ ... **وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ... (٦) ﴾ (النساء) قالت: (نزلت في ولي اليتيم الذي يقوم عليه ومصلحه إذا كان محتاجا جاز أن يأكل منه)[1]، في رواية: بقدر ماله بالمعروف.

2. أن اليتيم لا يخاطب بالتصرف في ماله لصغره ولسفهه.

---

(1) مسلم.

3. قوله تعالى: ﴿ ... وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ... ⟨٦⟩ ﴾ (النساء) بين الله تعالى ما يحل لهم من أموالهم؛ فأمر الغني بالإمساك وأباح للوصي الفقير أن يأكل من مال وليه بالمعروف.

4. أنه يقال: عف الرجل عن الشيء واستعف إذا أمسك. والاستعفاف عن الشيء تركه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ... ⟨٣٣⟩ ﴾ (النور) والعفة: الامتناع عما لا يحل ولا يجب فعله.

5. روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال: إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم. فقال ﷺ (كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مباذر ولا متأثل)[1].

القول الثاني: اليتيم إن كان غنيا وسع عليه وأعف عن ماله، وإن كان فقيرا أنفق عليه بقدره، وهو قول ربيعة ويحيى بن سعيد، وهو قول ابن حزم كما سنرى.

القول الثالث: ولي اليتيم، ولكن بأن يأكل من مال نفسه لا من مال اليتيم، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه والنخعي، قالا: (المراد أن يأكل الوصي بالمعروف من مال نفسه حتى لا يحتاج إلى مال اليتيم؛ فيستعفف الغنى بغناه، والفقير يقتر على نفسه حتى لا يحتاج إلى مال يتيمه).

وقد رجح هذا القول النحاس، فقال: (وهذا من أحسن ما روي في تفسير الآية؛ لأن أموال الناس محظورة لا يطلق شيء منها إلا بحجة قاطعة).

واختار هذا القول الطبري؛ واستدل له بقوله: (توهم متوهمون من السلف بحكم الآية أن للوصي أن يأكل من مال الصبي قدرا لا ينتهي إلى حد السرف، وذلك خلاف ما أمر الله تعالى به من قوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... ⟨٢٩⟩ ﴾ (النساء) ولا يتحقق ذلك في مال اليتيم. فقوله: ﴿ ... وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ... ⟨٦⟩ ﴾ (النساء) يرجع إلى أكل مال نفسه دون مال اليتيم. فمعناه ولا تأكلوا أموال اليتيم مع أموالكم، بل اقتصروا على أكل أموالكم، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿ ... وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ⟨٢⟩ ﴾ (النساء) وبان بقوله تعالى: ﴿ ... وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ... ⟨٦⟩ ﴾ (النساء) الاقتصار على البلغة، حتى

---

(1) أبو داود من حديث حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

لا يحتاج إلى أكل مال اليتيم؛ فهذا تمام معنى الآية. فقد وجدنا آيات محكمات تمنع أكل مال الغير دون رضاه، سيما في حق اليتيم. وقد وجدنا هذه الآية محتملة للمعاني، فحملها على موجب الآيات المحكمات متعين)[1] .

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن النص يحتمل كل المعاني الواردة، بل لا مانع أن يريدها جميعا:

فعلى القول الأول، يكون المعنى جواز الأكل من مال اليتيم بالشروط والضوابط التي سنذكرها، وهو ما أشارت إليه عائشة ـ رضي الله عنها ـ.

وعلى القول الثاني، يكون المعنى التشديد في أكل مال اليتامى، الذي هو الأصل المحكم، زيادة على أن المعروف الذي نصت عليه الآية قد يتوسع فيه فيتضرر اليتيم بذلك.

وعلى القول الثالث دلالة الولي على البديل الصحيح عن أكل مال اليتامى.

وهذه المسألة ترتبط بالمسألة التالية، فينظر إلى تفاصيل أدلتها.

ما هو الأكل بالمعروف:

اختلف الفقهاء في المراد من الأكل بالمعروف على أقوال كثيرة، منها:

القول الأول: هو القرض إذا احتاج ويقضى إذا أيسر؛ ولا يستسلف أكثر من حاجته، وهو قول عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشعبي ومجاهد وأبو العالية، وهو قول الأوزاعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قال عمر رضي الله عنه: (ألا إني أنزلت نفسي من مال الله منزلة الولي من مال اليتيم، إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف؛ فإذا أيسرت قضيت).

2. عن أبي العالية في الآية السابقة: (قرضا) ثم تلا: ﴿ ... **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ... ﴿٦﴾ ﴾ (النساء).

القول الثاني: لا قضاء على الوصي الفقير فيما يأكل بالمعروف، وقد روي عن إبراهيم وعطاء والحسن البصري والنخعي وقتادة؛ لأن ذلك حق النظر، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) نقلا عن: القرطبي: 5 / 43.

1. قال الحسن: هو طعمة من الله له؛ وذلك أنه يأكل ما يسد جوعته، ويكتسي ما يستر عورته، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الحلل.

2. إجماع الأمة على أن الإمام الناظر للمسلمين لا يجب عليه غرم ما أكل بالمعروف؛ لأن الله تعالى قد فرض سهمه في مال الله. فلا حجة للمخالفين في قول عمر رضي الله عنه: (فإذا أيسرت قضيت) لو صح.

القول الثالث: أن الأكل بالمعروف هو كالانتفاع بألبان المواشي، وركوب الدواب إذا لم يضر بأصل المال؛ كما يهنأ الجرباء، وينشد الضالة، ويلوط الحوض، ويجذ التمر، فأما أعيان الأموال وأصولها فليس للوصي أخذها، وقد روي عن ابن عباس وأبي العالية والشعبي.

القول الرابع: يأخذ بقدر أجر عمله؛ وأن ذلك هو المعروف، ولا قضاء عليه، والزيادة على ذلك محرمة، قال ابن حزم: (ولا يحل للوصي أن يأكل من مال من إلى نظره مطارفة، لكن إن احتاج استأجره له الحاكم بأجرة مثل عمله)، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ... (١٥٢)**﴾ (الأنعام)، فإن ذكروا قول الله تعالى: ﴿ ... **وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ... (٦)**﴾ (النساء)، قال ابن حزم: (قلنا: قد قال بعض السلف: إن هذا الأكل المأمور به إنما هو في مال نفسه، لا في مال اليتيم – وهو الأظهر؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا (١٠)**﴾ (النساء) فهي حرام أشد التحريم إلا على سبيل الأجرة أو البيع اللذين أباحهما الله تعالى)[1].

القول الخامس: التفريق بين وصي الأب والحاكم؛ فلوصي الأب أن يأكل بالمعروف، وأما وصي الحاكم فلا سبيل له إلى المال؛ وهو قول الحسن بن صالح بن حي.

القول السادس: ليس له أن يأخذ قرضا ولا غيره، وهو قول مجاهد، واستدلوا على ذلك بأن الآية منسوخة، نسخها قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩)**﴾ (النساء) وهذا ليس بتجارة.

وهو قول زيد بن أسلم، فقد قال: إن الرخصة في هذه الآية منسوخة يالآية السابقة.

---

(1) المحلى: 7/202.

القول السابع: التفريق بين الحضر والسفر؛ فيمنع إذا كان مقيما معه في المصر. فإذا احتاج أن يسافر من أجله فله أن يأخذ ما يحتاج إليه، ولا يقتني شيئا؛ وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد.

القول الثامن: مما يجني من الغلة؛ فأما المال الناض فليس له أن يأخذ منه شيئا قرضا ولا غيره، وهو قول أبي قلابة.

القول التاسع: من كان فقيرا يأكل بالمعروف إذا احتاج واضطر، وقد رواه عكرمة عن ابن عباس، وقال الشعبي: كذلك إذا كان منه بمنزلة الدم ولحم الخنزير أخذ منه؛ فإن وجد أوفى. قال النحاس: وهذا لا معنى له لأنه إذا اضطر هذا الاضطرار كان له أخذ ما يقيمه من مال يتيمه أو غيره من قريب أو بعيد.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن أكثر هذه الأقوال مما يصح القول به ما عدا القول بأن له الحق في أكل مال اليتيم باعتباره وصيا عليه، فإن هذا مما لا دليل عليه، وقد تشدد القرطبي في الرد على ذلك القول، ومما ذكره في الرد على الاعتراض القائل بأن (القضاة يأخذون أرزاقهم لأجل عملهم للمسلمين، فهلا كان الوصي كذلك إذا عمل لليتيم، ولم لا يأخذ الأجرة بقدر عمله؟)[1] بوجهين:

الوجه الأول: أن أحدا من السلف لم يجوز للوصي أن يأخذ من مال الصبي مع غنى الوصي، بخلاف القاضي؛ فذلك فارق بين المسألتين.

الوجه الثاني: أن الذي يأخذه الفقهاء والقضاة والخلفاء القائمون بأمور الإسلام لا يتعين له مالك. وقد جعل الله ذلك المال الضائع لأصناف بأوصاف، والقضاة من جملتهم، والوصي إنما يأخذ بعمله مال شخص معين من غير رضاه؛ وعمله مجهول وأجرته مجهولة وذلك بعيد عن الاستحقاق.

ثم ذكر عن شيخه أبي العباس قوله: (إن كان مال اليتيم كثيرا يحتاج إلى كبير قيام عليه بحيث يشغل الولي عن حاجاته ومهماته فرض له فيه أجر عمله، وإن كان تافها لا يشغله عن حاجاته فلا يأكل منه شيئا؛ غير أنه يستحب له شرب قليل اللبن وأكل القليل من الطعام

(1) القرطبي: 5/44.

والسمن، غير مضر به ولا مستكثر له، بل على ما جرت العادة بالمسامحة فيه. قال شيخنا: وما ذكرته من الأجرة، ونيل اليسير من التمر واللبن كل واحد منهما معروف؛ فصلح حمل الآية على ذلك. والله أعلم)، ثم قال معلقا عليه: (قلت: والاحتراز عنه أفضل، إن شاء الله)[1].

ثم تكلم على ما يأخذه القضاة كرسم، فقال: (وأما ما يأخذه قاضي القسمة ويسميه رسما ونهب أتباعه فلا أدرى له وجها ولا حلا، وهم داخلون في عموم قوله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ﴿١٠﴾ ﴾ (النساء)).

ومثل هذا القول الأقوال التي تصب فيه كالتفريق بين وصي الأب والحاكم؛ فلوصي الأب أن يأكل بالمعروف، وأما وصي الحاكم فلا سبيل له إلى المال، أو كالأكل مما يجني من الغلة؛ فأما المال الناض فليس له أن يأخذ منه شيئا قرضا ولا غيره.

أما ما عدا ذلك كالتفريق بين الحضر والسفر؛ فيمنع إذا كان مقيما معه في المصر، فإذا احتاج أن يسافر من أجله فله أن يأخذ ما يحتاج إليه من غير أن يقتني شيئا، أو القرض إذا احتاج ويقضى إذا أيسر؛ ولا يستسلف أكثر من حاجته، أو الانتفاع بألبان المواشي، وركوب الدواب إذا لم يضر بأصل المال، فكل ذلك مما يحتمل النص جوازه لعدم الضرر على مال اليتيم، زيادة على أن اليتيم قد ينتفع أيضا بمال الولي فلذلك لا مانع أن ينتفع الولي ببعض ماله ـ على هذه الصورة ـ سواء بسواء.

ويدل لهذا قوله تعالى: ﴿ ... **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴿٢٢٠﴾ ﴾ (البقرة).

وقد روي في سبب نزولها ما يدل على هذا، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: (لما أنزل الله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** ... ﴿١٥٢﴾ ﴾ (الأنعام)، وقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ﴿١٠﴾ ﴾ (النساء)، انطلق من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه وشرابه من شرابه فجعل يفضل من طعامه فيحبس له، حتى يأكله أو يفسد، فاشتد ذلك عليهم، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى: ﴿ ... **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ**

(1) القرطبي: 5/ 44.

مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (٢٢٠) ﴾ (البقرة) ، فخلطوا طعامهم بطعامه وشرابهم بشرابه)[1] .

ولكن أخذ الأجرة على عمله لا يكون إلا في حالة واحدة، وهي ما نص عليه ابن حزم بقوله: (ولا يحل للوصي أن يأكل من مال من إلى نظره مطارفة، لكن إن احتاج استأجره له الحاكم بأجرة مثل عمله) .

وذلك لا يكون إلا في حالة كثرة مال اليتيم واحتياجه إلى عناية خاصة، أو تفرغ تام، أو احتاج إلى بذل جهد لاستثماره، فيأخذ جزءا من الفائدة، باعتباره مستثمرا لذلك المال[2] .

4- تزوج اليتيمة للاستيلاء على مالها:

وهو ما نص عليه قوله تعالى : ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا (١٢٧) ﴾ (النساء) ، فعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ: أن هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، فإن كان لها مال وجمال تزوجها ولم يقسط في صداقها؛ فإن لم يكن لها مال لم يتزوجها، فنهى أن يتزوجها حتى يقسط في صداقها، من أجل رغبته عن نكاحها إذا لم يكن لها مال)[3] .

---

(1) أبو داود والنسائي، وقيل: إن السائل عبدالله بن رواحة. وقيل: كانت العرب تتشاءم بملابسة أموال اليتامى في مؤاكلتهم، فنزلت هذه الآية.

(2) اختلف الفقهاء في جواز استفادة الولي من التجارة في مال اليتيم، باعتباره مستثمرا له على قولين:

القول الأول: متى أتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم، وهو قول الجمهور، لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه، فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه، أي اتفقا عليه في قولهم جميعا لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته، وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله.

القول الثاني: يجوز أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه، وهو قول الحسن بن صالح وإسحاق، لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه.

الترجيح: نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني من باب التشجيع على استثمار أموال اليتامى بشرط أن يكون ذلك في المواضع المأمونة، وسيأتي للمسألة مزيد تفصيل في محلها من المطلب الثاني.

(3) الطبري: 5/ 301، والحديث أخرجه البخاري ومسلم.

ونص على هذا كذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا ﴿٣﴾ ﴾ (النساء)، أي إن خفتم ألا تعدلوا في مهورهن وفي النفقة عليهن فانكحوا ما طاب لكم من غيرهن.

ويدل لهذا ما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ في تفسيرها: (هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها من غير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن)[1].

وقد اختلف الفقهاء هنا في مسألة لها خطورتها، وهي تزوج الولي من اليتيمة قبل بلوغها، هل يصح أم لا على الأقوال التالية:

القول الأول: تزوج بإذنها وإذن أخيها، وليس لها الخيار إذا بلغت، قال ابن تيمية: (وهو مذهب أحمد المنصوص عنه في أكثر أجوبته، الذي عليه عامة أصحابه)، وقد انتصر لهذا ابن تيمية، ومما استدل به لذلك:

1. قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا ﴿١٢٧﴾ ﴾ (النساء)، وقد فسرتها عائشة ـ رضي الله عنها ـ بأن هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، فإن كان لها مال وجمال تزوجها ولم يقسط في صداقها؛ فإن لم يكن لها مال لم يتزوجها، فنهى أن يتزوجها حتى يقسط في صداقها، من أجل رغبته عن نكاحها إذا لم يكن لها مال، قال ابن تيمية: (فقد أخبرت عائشة في هذا الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم أن هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، وأن الله أذن له في تزويجها إذا قسط في صداقها، وقد أخبر أنها في حجره. فدل على أنها محجور عليها).
2. ما ثبت في السنن: من حديث أبي موسى، وأبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: (لا تنكح اليتيمة حتى تستأذن، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أبت فلا جواز عليها) فيجوز تزويجها

(1) مسلم.

بإذنها، ومنعه بدون إذنها، وهذا مع قوله ﷺ : (لا يُتْم بعد احتلام) ولو أريد (باليتيم) ما بعد البلوغ؛ فبطريق المجاز؛ فلا بد أن يعم ما قبل البلوغ وما بعده. أما تخصيص لفظ (اليتيم) بما بعد البلوغ فلا يحتمله اللفظ بحال.

3. أن الصغير المميز يصح لفظه مع إذن وليه، كما يصح إحرامه بالحج بإذن الولي، وكما يصح تصرفه في البيع وغيره بإذن وليه: عند أكثر العلماء، كما دل على ذلك القرآن بقوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾ ﴾ (النساء)، فأمر بالابتلاء قبل البلوغ؛ وذلك قد لا يأتي إلا بالبيع - ولا تصح وصيته وتدبيره عند الجمهور - وكذلك إسلامه؛ كما يصح صومه وصيته وغير ذلك لما له في ذلك من المنفعة.

القول الثاني: تزوج بلا إذنها، ولها الخيار إذا بلغت، وهو قول أبي حنيفة وأحمد في رواية، وهو أحد القولين في مذهب مالك، واستدلوا لهذا، بأنها تكون يتيمة قبل البلوغ، وبعد البلوغ هي امرأة مطلقة لا يتيمة؛ بدليل أنه لو أراد البالغة لما نهى عن حطها عن صداق مثلها؛ لأنها تختار ذلك فيجوز إجماعا.

القول الثالث: أنها لا تزوج حتى تبلغ، إذا لم يكن لها أب وجد، وهو قول الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى، لأنه ليس لها ولي يجبر، وهي في نفسها لا إذن لها قبل البلوغ؛ فتعذر تزويجها بإذنها وإذن وليها، ومن الأدلة على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ... ﴿١٢٧﴾ ﴾ (النساء) والنساء اسم ينطلق على الكبار كالرجال في الذكور، واسم الرجل لا يتناول الصغير؛ فكذلك اسم النساء، والمرأة لا يتناول الصغيرة. وقد قال تعالى: ﴿ ... فِي يَتَامَى النِّسَاءِ ... ﴿١٢٧﴾ ﴾ (النساء) والمراد به هناك اليتامى هنا؛ كما قالت عائشة - رضي الله عنها - فقد دخلت اليتيمة الكبيرة في الآية فلا تزوج إلا بإذنها.

2. أنه لا تنكح الصغيرة إذ لا إذن لها، فإذا بلغت جاز نكاحها لكن لا تزوج إلا بإذنها.

3. عن ابن عمر رضي الله عنه قال: زوجني خالي قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان بن مظعون، فدخل المغيرة بن شعبة على أمها، فأرغبها في المال وخطبها إليها، فرفع شأنها إلى

النبي ﷺ فقال قدامة: يا رسول الله ابنة أخي وأنا وصي أبيها ولم أقصر بها، زوجتها من قد علمت فضله وقرابته. فقال له رسول الله ﷺ: (إنها يتيمة واليتيمة أولى بأمرها) فنزعت مني وزوجها المغيرة بن شعبة[1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذكرناه سابقا من أن زواجها مرتبط أولا بإذنها، ومن الكفء الصالح لها، من غير إعطاء أهمية كبيرة للمهر في ذلك، لأن الكفاءة مقدمة على المهر.

ولكن زواجها قبل البلوغ لا نرى صحته إلا إذا اقتضت ظروف معينة ذلك، فلا حرج فيه، ولكنه في الحالة العامة يجب تأخيره، لأن الإذن لا يكون إلا من بالغ عاقل، فالصبى مانع من كمال العقل.

ثانيا ـ التصرف المصلحي في أموال اليتامى:

ويدل لهذا قوله تعالى: ﴿ ... **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ** ... (٢٢٠) ﴾ (البقرة)، فقد دلت الآية على أن الولي الصالح هو الذي يبحث عن مصالح اليتامى مطلقا، ومن تلك المصالح التصرف في مالهم بما يزيده ويثمره ويحفظه.

وانطلاقا من هذا تحدث الفقهاء في استثمار أموال اليتامى وشروطه، والتي سنكتفي منها هنا بالحكم دون الشروط لخضوعها في كثير من تفاصيلها لأحكام (فقه المال).

أما الحكم، فقد اتفق الفقهاء على جواز الاتجار في مال اليتيم أو دفعه إلى من يتاجر به، واختلفوا في استحباب ذلك أو كراهته على قولين:

القول الأول: أنه يستحب لولي اليتيم أن يفعل ذلك بنفسه أو يدفعه إلى من يتاجر به، وهو قول عمر وعائشة وابن عمر والنخعي والضحاك والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، ومن الأدلة على ذلك:

---

(1) الدارقطني من حديث محمد بن إسحاق عن نافع، قال الدارقطني: لم يسمعه محمد بن إسحاق من نافع، وإنما سمعه من عمر بن حسين عنه. ورواه ابن أبي ذئب عن عمر بن حسين عن نافع عن عبدالله بن عمر.

1. عن يوسف بن ماهَك أن رسول الله ﷺ قال: (ابتغوا في مال اليتيم – أو في أموال اليتامى – لا تذهبها – أو لا تستهلكها – الصدقة)[1].

2. عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (اتّجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة)[2].

3. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: (من ولي يتيمًا فليتّجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة)[3]، وصح هذا المعنى موقوفًا على أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد روي عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة)[4].

4. أن ذلك أحظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم.

القول الثاني: كراهة ذلك، وهو قول الحسن، قال ابن قدامة: (ولا نعلم أحدا كرهه إلا ما روي عن الحسن، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به، ولأن خزنه أحفظ له)[5].

القول الثالث: أنها واجبة بقدر النفقة والزكاة، وهو قول للشافعية، قال السبكي: (اختلف الأصحاب في التجارة بمال اليتيم هل هي واجبة، أو مستحبة؟، والأصح في المذهب أنها واجبة بقدر النفقة والزكاة، وينبغي أن يكون مراد الأصحاب من هذا التقدير أن الزائد لا يجب، ويقتصر الوجوب على هذا المقدار)[6].

---

(1) رواه الشافعي، وإسناده صحيح – كما قال البيهقي والنووي – ولكن يوسف بن ماهك تابعي فحديثه مرسل، ولكن الشافعي عضد هذا المرسل بعموم النصوص الأخرى، وبما صح عن الصحابة من إيجاب الزكاة في مال اليتيم، انظر: المجموع: 5/ 329.

(2) الطبراني في الأوسط، قال الهيثمي: أخبرني سيدي وشيخي: أن إسناده صحيح – يعني بشيخه: الحافظ زين الدين العراقي، انظر: مجمع الزوائد: 3 / 67.

(3) الترمذي وفي سنده مقال.

(4) قال البيهقي: هذا إسناد صحيح وله شواهد عن عمر، السنن الكبرى: 4/ 107، وانظر المجموع: 5/ 329.

(5) المغني: 4/ 164.

(6) فتاوى السبكي: 1/ 326.

واستدلوا على ذلك بظاهر الأمر في قوله ﷺ: (اتجروا في أموال اليتامى كي لا تأكلها الصدقة، أو النفقة)[1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة أن يوكل ذلك لولي أمر المسلمين الذي قد يحتاج إلى وضع ديوان خاص بهذا النوع من الأموال ليستثمرها في النواحي التي يراها تعود بالفائدة المحضة على اليتيم ومن كان في حكمه.

أما ترك ذلك للولي، والذي قد يغامر بأموال اليتيم، ففيه من الخطورة ما فيه، زيادة على أن الشرع أوجب بالإشهاد على دفع الأموال، فكيف يشهد هذا الشخص بعد ذلك.

وقد أيد السبكي هذا القول معلقا على ما ذهب إليه بعض الشافعية بقوله: (ولا شك أن ذلك مشروط بالإمكان، والتيسير، والسهولة، أما إنه يجب على الولي ذلك، ولا بد فلا يمكن القول به؛ لأنا نرى التجار الحاذقين أرباب الأموال يكدون أنفسهم لمصالحهم، ولا يقدرون في الغالب على كسبهم من الفائدة بقدر كلفتهم)[2].

ثم بين سبب قول بعض الشافعية ذلك، فقال: (ولعل هذا قاله الأصحاب حين كان الكسب متيسرا، ولا مكس، ولا ظلم، ولا خوف، وأما اليوم فهذا أعز شيء يكون، وكثير من التجار يخسرون، ولو كان كل من معه مال يقدر أن يستنميه بقدر نفقته كانوا هم سعداء، ونحن نرى أكثرهم معسرين، والإنسان يشفق على نفسه أكثر من كل أحد فلو كان ذلك ممكنا لفعلوه، فكيف يكلف به ولي اليتيم، وإنما يحمل كلام الأصحاب على معنى أن ذلك واجب عند السهولة، والزائد عليه لا يجب عند السهولة، ولا عند غيرها).

ويتأكد ما ذكرناه من ترجيح بعد معرفة ما أورده الفقهاء من شروط، قال السبكي: (وقد شرط الأصحاب في جواز التجارة لليتيم شروطا، ومع ذلك هي عند اجتماع الشروط خطرة؛ لأن الأسعار غير موثوق بها، وقد يشتري سلعة فتكسد، ويحتاج اليتيم إلى نفقة فيضطر إلى بيعها بخسران، أو يترشد فيدعي عليه أن شراءها كان على خلاف المصلحة، أو بتسلط الظلمة على

---

(1) سبق تخريج النصوص الدالة على ذلك.

(2) فتاوى السبكي: 1/ 326.

الولي فيما يطرحونه من أموالهم على من له عادة بالشراء، ويلزمونه أن يشتريه لليتيم، ولا يقدر على دفعهم)[1].

ولهذا، رجح السبكي أن يوكل الأمر إلى الولي، قال: (فينبغي لولي اليتيم أن يجتهد، وحيث غلب على ظنه غلبة قوة مصلحة اليتيم التي أشار الشارع إليها يفعلها، وهو مع ذلك تحت هذا الخطر الدنيوي، وبحسب قصده يعينه الله عليه).

ويدل لهذا من النصوص قوله ﷺ لأبي ذر رضي الله عنه: (إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال اليتيم)[2].

وقد ذكر السبكي صورة لكيفية استثمار أموال اليتامى في عهده[3]، وهي صورة مختلف فيها، ولكنها تشير إلى اهتمام المجتمع الإسلامي برعاية أموال اليتامى واستثمارها، قال: (أما المعاملة التي يعتمدونها في هذا الزمان، وصورتها أن يأتي شخص إلى ديوان الأيتام فيطلب منهم مثلا ألفا، ويتفق معهم على فائدتها مائتين، أو أكثر، أو أقل فيأتي بسلعة تساوي ألفا يبيعها منهم على يتيم بألف، ويقبضها من ماله، ويقبضهم تلك السلعة ثم يشتريها منهم بألف، ومائتين إلى أجل، ويرهن عندهم رهنا عليها فيحصل له مقصوده، وهو أخذ الألف بألف، ومائتين في ذمته إلى أجل، ويجعلون توسط هذه المعاملة حذرا من الربا، أو يشتروا سلعة من أجنبي بألف، ويقبضوه الألف، ويقبضوا السلعة ثم يبيعوها من الطالب بألف، ومائتين إلى أجل ثم يبيعها هو من صاحبها بتلك الألف التي أخذها فيحصل المقصود أيضا، وهذه المعاملة باطلة عند المالكية والحنابلة، وبعض أصحابنا، صحيحة عندنا، وعند الحنفية، وهي عندنا مع صحتها مكروهة كراهة تنزيه. والقائلون ببطلانها من أصحابنا طائفتان: إحداهما من يقول ببطلان بيع العينة، والثانية من يقول بأن مال اليتيم لا يباع بالنسيئة إلا إذا تعجل قدر رأس المال، إذا عرف ذلك فهذه المعاملة لم ينص الفقهاء على أنها تفعل في مال اليتيم).

---

(1) فتاوى السبكي: 1/ 326.

(2) مسلم في كتاب الإمارة باب كراهية الإمارة بغير ضرورة رقم (1826)، وأبو داود كتاب الوصايا باب ما جاء في الدخول في الوصايا رقم (2851).

(3) كتب السبكي هذه الفتوى كما نص على ذلك (في يوم السبت الخامس والعشرين من صفر سنة سبع وأربعين، وسبعمائة) فتاوى السبكي: 1/ 328.

وبين سبب لجوء ديوان الأيتام إلى هذه المعاملة مع كونه من المختلف فيه، فقال: (وإنما ديوان الأيتام سلكوها لكون الربح فيها معلوما)[1].

وقد نستنبط من هذا رأيا نكل علمه إلى الله، وهو أنه قد يقال بجواز وضع أموال اليتامى في البنوك، ولو كانت ربوية في أصلها، بنية الاستثمار، خاصة إن كان في معاملاتها ما هو حلال، وذلك في حال عدم توفر البدائل الإسلامية الشرعية، وذلك حرصا على مال اليتيم، باعتبار أن الفائدة في تلك البنوك فائدة محضة، وليس هناك محل للخسارة، وهذا كحل أخير يمكن اللجوء إليه.

ولكن السبكي مع ذلك يرى من الورع الابتعاد عن تلك المعاملة ومثيلاتها من المختلف فيه، باعتبار أن من مصالح الصبي صيانته عن الشبهة، قال: (من مصالح الصبي أن الولي يصونه عن أكل ما فيه شبهة، وعن أن يخلط ماله به، ويحرص على إطعامه الحلال المحض، وعلى أن يكون ماله كله منه، وهي مصلحة أخروية، ودنيوية؛ أما أخروية فظاهر؛ لأنه وإن لم يكن مكلفا لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزكى عند الله، وأعلى درجة في الآخرة من غيره،

---

(1) فتاوى السبكي: 1 / 327. وقد ذكر بعض مخاطر هذه المعاملة في عهده، فقال: (لكن فيها خطر من جهة أن أكثر من يأخذ لا يوفي حين الحلول، وكثير منهم يماطلون، ويسوفون، وينكسر عليهم، وبعضهم يخرج رهنه غير مملوك له، وغير ذلك من المفاسد، وفيها خطر آخر، وهو أنه قد يحكم حاكم مالكي، أو حنبلي ببطلان هذه المعاملة فتضيع الفائدة على اليتيم، ويبقى رأس المال على خطر، وهذا كما قاله بعض الأصحاب فيما إذا دفع الضامن بشاهد واحد ليحلف معه، ولا يرجع على وجه؛ لأنه قد يرفعه إلى حنفي، وطريق الولي أن يرفع الأمر إلى حاكم شافعي ليحكم له بالصحة حتى يأمن ذلك).

وبين مخاطر أخرى في عهده في فتوى أخرى، فقال: (ومما يبين لك صحة ما قلناه في المعاملة أنا لم نر أحدا يحرص على دفع مال اليتيم بذلك إلا قليلا بل الغالب أن الغرض يكون للطالب، ويدخل على الناس، ويأتي بالشفاعات، وبالجاه ليأخذ من مال الأيتام، ويقترن به أيضا غرض لديوان الأيتام؛ لأن لهم ربع الفائدة فللديوان، والطالب غنم بلا غرم، ولليتيم المسكين الآن غرم محقق؛ لأنه إخراج ماله بغير عوض يدخل في ملكه، وفي المستقبل لا يدري هل يرجع رأس ماله، وفائدته فيغنم، أو يذهب بعضه، أو كله فيغرم).

وذكر واقعة تدل على ذلك، فقال: (ومن أغرب الوقائع التي وقعت، أن كبيرا طلب في مصر من مال اليتيم فاعطيه، ورده عن قرب، وصار يثني على الدافع الذي هو ناظر الأيتام، وحصل له بذلك حظوة ثم اتفق أن هذا الكبير في الشام طلب هذا القدر، أو قريبا منه فدفع إليه؛ لأنه جربت معاملته، وحمدت فماطل به مدة، وحصل التعب معه فقلت في نفسي: كان الدفع الأول لا مفسدة فيه، وتبين بآخره أن فيه مفسدة؛ لأنه كان السبب في المفسدة فقل أن يخلو هذا النوع من مفسدة)، انظر: فتاوى السبكي: 1 / 329.

وأما دنيوية فإن الجسد الناشئ على الحلال ينشأ على خير فيحصل له مصالح الدنيا، والآخرة، وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له في القليل الحلال فيكفيه، ويرزقه من حيث لا يحتسب فهذه المصالح محققة، والفائدة الدنيوية التي يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة فتعارضت مصلحتان أخروية، ودنيوية، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا فكان الأحوط، والأصلح لليتيم ترك هذه المعاملة).

بل إنه لم يكتف بهذا القول، بل راح يدلل على وجوب تركها، فقال مستدلا لذلك: (وقد يزاد فيقال: يجب تركها لقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** ... (١٥٢) ﴾ (الأنعام)، فالأحسن في الدنيا والآخرة حلال قطعا، وغير الأحسن فيهما يمنع قطعا، والأحسن في الآخرة دون الدنيا إذا راعينا مصلحة الآخرة، وقدمناها على الدنيا صار أحسن من الآخرة فهو أحسن مطلقا، فإن تيسر متجر ابتغى فعله، وإلا فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها، ويأكل ماله خير من أن يأكله غيره).

ومع ذلك لم ينص على تحريمها مع تشدده في وجوب تركها، وقد بين العلة المقاصدية لذلك بقوله: (واعلم أني مع ذلك كله منعني من إطلاق القول بتحريم المعاملة شيء، وهو أيضا نافع لي من القول بأن تركها أولى مطلقا بل أقول: إن ذلك يفوض إلى رأي الولي، ودينه، وعلمه، ويختلف اختلافا كثيرا بحسب الجزئيات لا ينضبط فعليه التحري، فإذا كان مال اليتيم مالا كثيرا، ولا يؤدي ترك المعاملة إلى إجحاف به فههنا يستحب، أو يجب ترك المعاملة، وإذا كان ماله قليلا، ويغلب على الظن أنه لو لم يعامل له فيه لنفد، وضاع اليتيم، ووجدنا معاملة مأمونة سريعة فههنا تستحب المعاملة، أو تجب، ويحتمل انسياب الشبهة في مقابلة هذه المصلحة، ولا يستنكر ذلك)[1].

(1) فتاوى السبكي: 1/330.

الفصل الثالث

حقوق أبناء الأسر المنفصلة

نريد من هذا العنوان ما ذكرناه سابقا من أنهم الأولاد الذين حصل لهم قصور في أسرهم بسبب انفصال آبائهم عن أمهاتهم، ولم نسمهم بأبناء المطلقات، باعتبار أن الطلاق نوع من أنواع الانفصال.

والفقهاء تناولوا الحقوق المرتبطة بهؤلاء عند حديثهم عن مسائل الحضانة، باعتبار أن أهم حق للولد الذي انفصل أبوه عن أمه أن يبقى في حضانة أمه إلى أن يشب، فيختار البقاء مع أحدهما.

ولذلك، فإن كل ما سنطرحه من مسائل في هذا الفصل يعود إلى أبواب الحضانة في الفقه الإسلامي.

مفهوم الحضانة:

تعريف الحضانة:

لغة: الحِضْنُ في أصل اللغة: ما دون الإِبْط إلى الكَشح؛ وقيل: هو الصدر والعَضُدان وما بينهما، والجمع أَحْضانٌ؛ ومنه الاحْتِضانُ، وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنك كما تَحْتَضِنُ المرأَةُ ولدها فتحتمله في أَحد شِقَّيْها. وفي الحديث: أَنه خرج مُحْتَضِناً أَحَدَ ابْنَي ابْنَته أَي حاملاً له في حِضْنه، والحِضْنُ: الجَنْبُ، وهما حِضْنان. وفي حديث أُسيد بن حُضَير: أنه قال لعامر بن الطُّفَيل اخْرُجْ بذِمَّتك لئلا أُنْفِذَ حِضْنَيْك. وحَضَنَ الصبيَّ يَحْضُنُه حَضْناً وحِضانَةً: جعله في حِضْنِه. وحِضْنا المَفازة: شِقَّاها، والفلاة ناحيتاها؛ قال: أَجَزْتُ حِضْنَيْها هَبَلاً وَغْما، وحِضْنا الليل: جانباه، وحِضْنُ الجبل: ما يُطِيف به وحِضْنُه وحُضْنُه أيضاً: أَصلُه. الأَزهري: حِضْنا الجبل ناحيتاه. وحِضْنا الرجل: جَنْباه. وحِضْنا الشيء: جانباه. ونواحي كل شيء أَحْضانُه[1].

اصطلاحا: من التعاريف التي عرفت بها الحضانة:

---

(1) لسان العرب: 13/ 122.

1. هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه[1] .

2. هي حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه[2] .

3. حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه[3] .

أما علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي، فهو أن الحضانة في اللغة تستعمل في معنيين: أحدهما جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء أي اعتزله فجعله في ناحية منه، والثاني: الضم إلى الجنب يقال: حضنته واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك، والحضن الجنب، فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه[4] .

حكم الحضانة:

اتفق الفقهاء على وجوب الحضانة، وعللوا ذلك بأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه عن الهلاك، قال ابن مفلح: (هي واجبة لأنه يهلك بتركه، فوجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك)[5] ، وهذا الوجوب عيني إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره، وكفائي عند تعدد الحاضن.

وهذا الوجوب يسقط بوجود مانع من الموانع، أو زوال شرط من شروط استحقاقها، وقد تسقط بسبب إسقاط المستحق لها، كما لو أسقط الحاضن حقه ثم عاد وطلبه، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة، وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون، أو تاب الفاسق، أو شفي المريض عاد حق الحضانة، لأن سبيلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقا للقاعدة الفقهية: [إذا زال المانع عاد الممنوع] .

وقد فرق المالكية بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري، لأنها إذا سقطت لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر

(1) شرح حدود ابن عرفة: 230 .

(2) أسنى المطالب: 3 / 447 .

(3) سبل السلام: 3 / 227 .

(4) المبسوط: 4 / 40، وانظر: مواهب الجليل: 4 / 215 .

(5) المبدع: 8 / 230، وانظر: المغني: 8 / 190 .

الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السفر، أو عودتها من أداء فريضة الحج، عادت الحضانة للحاضن؛ لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع.

وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العود للحضانة، فإنه لا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب، وقيل: تعود بناء على أن الحضانة حق المحضون.

لكنهم قالوا: إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب، لأنه نقل لما هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، أي لا تجبر من انتقلت لها الحضانة على رد المحضون، ولها الرد باختيارها[1].

حكم تخيير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة:

اتفق الفقهاء على أن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الولادة، واختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حضانة النساء على الصغار حال افتراق الزوجين، وما يكون بعد انتهائها على الأقوال التالية:

القول الأول: لا يخير المحضون مطلقا، بل ينتقل مباشرة إلى من يحضنه من الذكور، وهو قول المالكية والحنفية، وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1. ظاهر الحديث، ووجه الاستدلال أنه قال ﷺ: (أنت أحق به)، ولو خير الطفل لم تكن هي أحق به إلا إذا اختارها، كما أن الأب لا يكون أحق به إلا إذا اختاره، فإن قدر: أنت أحق به إن اختارك، قدر ذلك في جانب الأب، والنبي ﷺ جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة.

2. أن أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها، وأنتم لا تقولون بها على إطلاقها، بل قيدتم التخيير بالسبع، فما فوقها، وليس في شيء من الأحاديث ما يدل على ذلك، ونحن نقول: إذا صار للغلام اختيار معتبر، خير بين أبويه، وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله، وذلك بعد البلوغ، وليس تقييدكم وقت التخيير بالسبع أولى من تقييدنا بالبلوغ، بل الترجيح من

---

(1) انظر: الشرح الكبير: 2 / 532، ولهذه المسألة مزيد تفصيل في محلها من هذا الفصل.

جانبنا، لأنه حينئذ يعتبر قوله ويدل عليه قولها: وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وهي على أميال من المدينة، وغير البالغ لا يتأتى منه عادة أن يحمل الماء من هذه المسافة ويستقي من البئر.

3. أنه إن سلمنا أنه ليس في الحديث ما يدل على البلوغ، فليس فيه ما ينفيه، والواقعة واقعة عين، وليس عن الشارع نص عام في تخيير من هو دون البلوغ حتى يجب المصير إليه، سلمنا أن فيه ما ينفي البلوغ، فمن أين فيه ما يقتضي التقييد بسبع كما ذكر المخالفون.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في الوقت الذي تنتهي فيه الحضانة على رأيين:

الرأي الأول: وهو قول الحنفية، فقد نصوا على أن حضانة النساء على الذكر تظل حتى يستغني عن رعاية النساء له فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وقدر ذلك بسبع سنين – وبه يفتى – لأن الغالب الاستغناء عن الحضانة في هذه السن، وقيل تسع سنين.

وتظل الحضانة على الأنثى قائمة حتى تبلغ بالحيض أو الاحتلام أو السن، وهذا كما في ظاهر الرواية إن كانت الحاضنة الأم أو الجدة، أما غير الأم والجدة فإنهن أحق بالصغيرة حتى تشتهى، وقدر بتسع سنين وبه يفتى.

وعن محمد أن الحكم في الأم والجدة كالحكم في غيرهما، فتنتهي حضانة النساء مطلقا – أما أو غيرها – على الصغيرة عند بلوغها حد الاشتهاء الذي قدر بتسع سنين، والفتوى على رواية محمد لكثرة الفساد. فإذا انقضت حضانة النساء فلا يخير المحضون ذكرا كان أو أنثى بل يضم إلى الأب، لأنه لقصور عقله يختار من عنده اللعب، وتظل ولاية الأب على الصغير والصغيرة إلى البلوغ، فإذا بلغ الغلام مستغنيا برأيه مأمونا عليه فيخير حينئذ بين المقام مع وليه، أو مع حاضنته، أو الانفراد بنفسه، وكذلك الأنثى إن كانت ثيبا أو كانت بكرا طاعنة في السن ولها رأي، فإنها تخير كما يخير الغلام. وإن كان الغلام أو الثيب أو البكر الطاعنة في السن غير مأمون عليهم لو انفردوا بأنفسهم بقيت ولاية الأب عليهم، كما تبقى الولاية على البكر إذا كانت حديثة السن، وكذلك الحكم بالنسبة للمعتوه تبقى ولاية الأب عليه إلى أن يعقل[1].

الرأي الثاني: وهو للمالكية، فقد نصوا على أن حضانة النساء على الذكر تستمر إلى بلوغه وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور، وفي المدونة: (قلت: كم

---

(1) انظر: الهداية: 2/38، بدائع الصنائع: 4/42.

يترك الغلام في حضانة الأم في قول مالك؟ قال: قال مالك: حتى يحتلم، ثم يذهب الغلام حيث شاء. قلت: فإن احتاج الأب إلى الأدب أن يؤدب ابنه؟ قال: قال مالك: يؤدبه بالنهار ويبعثه إلى الكتاب وينقلب إلى أمه بالليل في حضانتها، ويؤدبه عند أمه ويتعاهده عند أمه ولا يفرق بينها وبينه إلا أن تتزوج)[1].

أما الحضانة بالنسبة للأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها، وقال ابن شعبان من المالكية: أمد الحضانة على الذكر حتى يبلغ عاقلا غير زمن، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن العادة جرت بأن الأب يتصرف في المعاش، والخروج، ولقاء الناس، والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائما بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائب عن البيت، أو في مظنة ذلك، فجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ.

2. أن كل مفسدة يعرض وجودها عند الأم، فإنها تعرض أو أكثر منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية.

3. أنها محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساء لا الرجال، فهي أحوج إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة، وفي دفعها إلى أبيها تعطيل هذه المصلحة، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينه، وفي ذلك تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم والأب أن تكون عند أمها، وهذا القول هو الذي لا نختار سواه.

القول الثاني: تخيير المحضون إذا بلغ سن التمييز[2]، وقد أجابوا على ما أورده أصحاب القول الأول بالوجوه التالية:

---

(1) المدونة: 2/ 258.

(2) اختلف القائلون بالتخيير في سن التمييز على قولين هما:

القول الأول: أنه يخير لخمس، حكاه إسحاق بن راهويه، ويحتج لهؤلاء بأن الخمس هي السن التي يصح فيها سماع الصبي، ويمكن أن يعقل فيها، وقد قال محمود بن لبيد: عقلت عن النبي ﷺ مجة مجها في في وأنا ابن خمس سنين. =

1 . أن لفظ الحديث أنه خير غلاما بين أبويه، وحقيقة الغلام من لم يبلغ، فحمله على البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب، ولا قرينة صارفة.

2 . أن البالغ لا حضانة عليه، فكيف يصح أن يخير ابن أربعين سنة بين أبوين؟ هذا من الممتنع شرعا وعادة، فلا يجوز حمل الحديث عليه.

3 . أنه لم يفهم أحد من السامعين أنهم تنازعوا في رجل كبير بالغ عاقل، وأنه خير بين أبويه، ولا يسبق إلى هذا فهم أحد البتة، ولو فرض تخييره، لكان بين ثلاثة أشياء: الأبوين، والانفراد بنفسه.

4 . أنه لا يعقل في العادة ولا العرف ولا الشرع أن تنازع الأبوان في رجل كبير بالغ عاقل، كما لا يعقل في الشرع تخيير من هذه حاله بين أبويه.

5 . أن في بعض ألفاظ الحديث أن الولد كان صغيرا لم يبلغ، وهو حديث رافع بن سنان، وفيه: فجاء ابن لها صغير لم يبلغ، فأجلس النبي ﷺ الأب ها هنا، والأم ها هنا ثم خيره.

وقد اختلف أ صحاب هذا القول في كيفية التخيير على رأيين[1] :

الرأي الأول: التفريق بين الذكر والأنثى في التخيير، وهو قول أحمد[2]، وبيان ذلك كما يلي:

= القول الثاني: أنه إنما يخير لسبع، وهو قول الشافعي، وأحمد وإسحاق رحمهم الله، واحتج لهذا القول بأن التخيير يستدعي التمييز والفهم، ولا ضابط له في الأطفال، فضبط بمظنته وهي السبع، فإنها أول سن التمييز، ولهذا جعلها النبي ﷺ حدا للوقت الذي يؤمر فيه الصبي بالصلاة.

(1) انظر: المبدع: 8/ 238، كشاف القناع: 5/ 501، المغني: 8/ 192.

(2) فإن كان ذكرا، وهو دون السبع، فأمه أحق بحضانته من غير تخيير، وإن كان له سبع، ففيه ثلاث روايات:

الرواية الأولى: أنه يخير، وهي الصحيحة المشهورة من مذهبه، وهي اختيار أصحابه، فإن لم يختر واحدا منهما، أقرع بينهما، وكان لمن قرع، وإذا اختار أحدهما، ثم عاد فاختار الآخر، نقل إليه، وهكذا أبدا.

الرواية الثانية: أن الأب أحق به من غير تخيير.

الرواية الثالثة: أن الأم أحق به كما قبل السبع.

أما إذا كان أنثى، فإن كان لها دون سبع سنين، فأمها أحق بها من غير تخيير، وإن بلغت سبعا، فالمشهور من مذهبه، أن الأم أحق بها إلى تسع سنين، فإذا بلغت تسعا، فالأب أحق بها من غير تخيير، وعنه أن الأم أحق بها حتى تبلغ، ولو تزوجت الأم. وعنه أنها تخير بعد السبع كالغلام، انظر: المغني: 8/ 192.

الذكر: يكون عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة فإن اتفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، لأن الحق في حضانته إليهما، وإن تنازعا خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما، التخيير إنما يكون مع السلامة من فساد، فإن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ويكره الآخر للتأديب لم يعمل بمقتضى شهوته، لأن ذلك إضاعة له. ويكون الغلام عند من يختار فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه، وإن عاد فاختار الأول رد إليه هكذا أبدا، لأن هذا اختيار تشه، وقد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر فاتبع بما يشتهيه، فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم إن اختار غير من قدم بالقرعة رد إليه، ولا يخير إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة، لأن من ليس أهلا للحضانة وجوده كعدمه. وإلا اختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره، لأنه لا حكم لكلامه.

الأنثى: إذا بلغت سبع سنين لا تخير، وإنما تكون عند الأب وجوبا إلى البلوغ، وبعد البلوغ تكون عنده أيضا إلى الزفاف وجوبا، ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لها، وإنما تخطب منه، فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها من دخول الفساد لكونها معرضة للآفات لا يؤمن عليها للانخداع لغرتها، والمعتوه ولو أنثى يكون عند أمه ولو بعد البلوغ لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك.

ومن الأدلة على ذلك[1]:

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به[2].

2. الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم، ومنها ما روي عن عبد الرحمن بن غنم، قال: اختصم إلى عمر بن الخطاب في غلام، فقال: هو مع أمه حتى يعرب عنه لسانه ليختار، وعن الوليد بن مسلم، قال: اختصموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في يتيم فخيره، فاختار أمه على عمه، فقال عمر: إن لطف أمك خير من خصب عمك، وعن عمارة بن رويبة؛ أنه تخاصمت فيه أمه وعمه إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: فخيرني

(1) انظر: زاد المعاد: 5/ 468.

(2) الحاكم: 4/ 108، الدارمي: 2/ 223، البيهقي: 8/ 3، النسائي: 3/ 382.

علي ثلاثا، كلهن أختار أمي، ومعي أخ لي صغير، فقال علي: هذا إذا بلغ مبلغ هذا خير، وعن هلال بن أبي ميمونة قال: شهدت أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه، وقال: إن رسول الله ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه[1].

3. أن هذا غاية في العدل الممكن، فإن الأم إنما قدمت في حال الصغر لحاجة الولد إلى التربية والحمل والرضاع والمداراة التي لا تتهيأ لغير النساء، وإلا فالأم أحد الأبوين، فكيف تقدم عليه؟ فإذا بلغ الغلام حدا يعرب فيه عن نفسه، ويستغني عن الحمل والوضع وما تعانيه النساء، تساوى الأبوان، وزال السبب الموجب لتقديم الأم، والأبوان متساويان فيه، فلا يقدم أحدهما إلا بمرجح، والمرجح إما من خارج، وهو القرعة. وإما من جهة الولد، وهو اختياره، وقد جاءت السنة بهذا وهذا، وقد جمعهما حديث أبي هريرة، فاعتبرناهما جميعا، ولم ندفع أحدهما بالآخر. وقدمنا ما قدمه النبي ﷺ، وأخرنا ما أخره، فقدم التخيير[2].

4. أنه إذا مال إلى أحد أبويه دل على أنه أرفق به وأشفق.

5. أن ذلك مقيد بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة، بخلاف الأم فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك.

6. إنما قدم التخيير، لاتفاق ألفاظ الحديث عليه، وعمل الخلفاء الراشدين به، وأما القرعة، فبعض الرواة ذكرها في الحديث، وبعضهم لم يذكرها، وإنما كانت في بعض طرق أبي هريرة رضي الله عنه وحده، فقدم التخيير عليها، فإذا تعذر القضاء بالتخيير، تعينت القرعة طريقا للترجيح إذ لم يبق سواها.

7. أن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه، ولم يبق مرجح سواها، وهكذا فعلنا ها هنا قدمنا أحدهما بالاختيار، فإن لم يختر السنة، لكان من أحسن الأحكام، وأعدلها، وأقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين.

8. أن الحديث الذي استدلوا به ضعفه ابن المنذر وغيره، وضعف يحيى بن سعيد والثوري عبد الحميد بن جعفر، وقد اختلف فيه، فروي أن المخير كان بنتا، وروي أنه كان ابنا، قال ابن

---

(1) الترمذي: 3/ 638، البيهقي: 8/ 3، ابن ماجه: 2/ 787، أحمد: 5/ 49.

(2) زاد المعاد: 5/ 468.

الجوزي: ورواية من روى أنه كان غلاما أصح(1).

9. أنه لو سلم بأنه كان أنثى، فأنتم لا تقولون به، فإن فيه أن أحدهما كان مسلما، والآخر كافرا، فكيف تحتجون بما لا تقولون به، وفي الحديث أن الطفل كان فطيما، وهذا قطعا دون السبع، والظاهر أنه دون الخمس، وأنتم لا تخيرون من له دون السبع، فظهر أنه لا يمكنكم الاستدلال بحديث رافع هذا على كل تقدير.

10. أن من الأحكام ما يكفي فيها وصف الذكورة، أو وصف الأنوثة قطعا، ومنها ما لا يكفي فيه، بل يعتبر فيه إما هذا وإما هذا، فيلغى الوصف في كل حكم تعلق بالنوع الإنسان المشترك بين الأفراد، ويعتبر وصف الذكورة في كل موضع كان له تأثير فيه، كالشهادة والميراث، والولاية في النكاح. ويعتبر وصف الأنوثة في كل موضع يختص بالإناث، أو يقدر من فيه على الذكور، كالحضانة، إذا استوى في الدرجة الذكر والأنثى، قدمت الأنثى.

11. أن التخيير هنا تخيير شهوة، لا تخيير رأي ومصلحة، ولهذا إذا اختار غير من اختاره أولا، نقل إليه، فلو خيرت البنت، أفضى ذلك إلى أن تكون عند الأب تارة، وعند الأم أخرى. فإنها كلما شاءت الانتقال، أجيبت إليه، وذلك عكس ما شرع للإناث من لزوم البيوت، وعدم البروز، ولزوم الخدور وراء الأستار، فلا يليق بها أن تمكن من خلاف ذلك. وإذا كان هذا الوصف معتبرا قد شهد له الشرع بالاعتبار لم يمكن إلغاؤه.

12. أن ذلك يفضي إلى ألا يبقى الأب موكلا بحفظها، ولا الأم لتنقلها بينهما، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه، ويتواكلون فيه، فهو آيل إلى ضياع، ومن الأمثال السائرة: لا يصلح القدر بين طباخين.

13. أن العادة شاهدة بأن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فيه بالإحسان إليه وصيانته، فإذا اختار أحدهما، ثم انتقل إلى الآخر لم يبق أحدهما تام الرغبة في حفظه والإحسان إليه.

14. أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبي، ولهذا شرع في حق الإناث من الستر والخفر ما لم يشرع مثله للذكور في اللباس وإرخاء الذيل شبرا أو أكثر، وجمع

(1) ونص الحديث أنه ﷺ خير غلاما بين أبيه المسلم وامه المشركة فمال إلى الأم فقال النبي ﷺ: (اللهم اهده) فمال إلى الأب، قال ابن حجر: رواه أحمد والنسائي وأبو داود وابن ماجه والحاكم والدارقطني من حديث رافع بن سنان وفي سنده اختلاف كثير والفاظ مختلفة ورجح بن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر وقال ابن المنذر لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال. انظر: تلخيص الحبير: 4/11.

نفسها في الركوع والسجود دون التجافي، ولا ترفع صوتها بقراءة القرآن، ولا ترمل في الطواف، ولا تتجرد في الإحرام عن المخيط، ولا تكشف رأسها، ولا تسافر وحدها هذا كله مع كبرها ومعرفتها، فكيف إذا كانت في سن الصغر، وضعف العقل الذي يقبل الانخداع ولا ريب أن ترددها بين الأبوين مما يعود على المقصود بالإبطال، أو يخل به، أو ينقصه لأنها لا تستقر في مكان معين، فكان الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

15 . أن الرجال أغير على البنات من النساء، فلا تستوي غيرة الرجل على ابنته، وغيرة الأم أبدا، وكم من أم تساعد ابنتها على ما تهواه، ويحملها على ذلك ضعف عقلها، وسرعة انخداعها، وضعف داعي الغيرة في طبعها، بخلاف الأب، ولهذا المعنى وغيره جعل الشارع تزويجها إلى أبيها دون أمها، ولم يجعل لأمها ولاية على ابنتها مطلقا، فكان من محاسن الشريعة أن تكون عند أمها ما دامت محتاجة إلى الحضانة والتربية، فإذا بلغت حدا تشتهى فيه، وتصلح للرجال، فمن محاسن الشريعة أن تكون عند من هو أغير عليها، وأحرص على مصلحتها، وأصون لها من الأم.

الرأي الثاني: تستمر الحضانة على المحضون حتى التمييز ذكرا كان المحضون أو أنثى، فإذا بلغ حد التمييز – وقدر بسبع سنين أو ثمان غالبا – فإنه يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما دفع إليه، وإذا عاد واختار الثاني نقل إليه، وهكذا كلما تغير اختياره، لأنه قد يتغير حال الحاضن، أو يتغير رأي المحضون فيه بعد الاختيار، إلا إن كثر ذلك منه بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه، فإنه يجعل عند الأم ويلغى اختياره. وإن امتنع المحضون عن الاختيار فالأم أولى، لأنها أشفق، واستصحابا لما كان، وهو قول الشافعية.

فإن اختارهما معا أقرع بينهما، وإن امتنع المختار من كفالته كفله الآخر، فإن رجع الممتنع منهما أعيد التخيير، وإن امتنعا وبعدهما مستحقان للحضانة كجد وجدة خير بينهما، وإلا أجبر عليها من تلزمه نفقته، وتظل الولاية عليه لمن بقي عنده إلى البلوغ.

فإن بلغ، فإن كان غلاما وبلغ رشيدا ولي أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه، والأولى أن لا يفارقهما ليبرهما، وإن كان أنثى، فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين، وبينهما إن كانا مجتمعين، لأنه أبعد عن التهمة، ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة، هذا إذا لم تكن ريبة، فإن كانت هناك ريبة فللأم إسكانها معها، وكذا للولي من العصبة إسكانها معه إذا كان محرما لها، فإن لم

يكن محرما لها فيسكنها في موضع لائق بها ويلاحظها دفعا لعار النسب. وإن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل الذي قيل في الغلام، أما المجنون والمعتوه فلا يخير وتظل الحضانة عليه لأمه إلى الإفاقة، ومن الأدلة على ذلك:

عن رافع بن سنان رضي الله عنه أنه تنازع هو وأم في ابنتهما، وأن النبي ﷺ أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية، وأقعد الصبية بينما، وقال: (ادعواها)، فمالت إلى أمها فقال النبي ﷺ: (اللهم اهدها) فمالت إلى أبيها فأخذها[1].

أن الآثار المتقدمة حجة في تخيير الأنثى، لأن كون الطفل ذكرا لا تأثير له في الحكم، بل هي كالذكر في قوله ﷺ: (من وجد متاعه عند رجل قد أفلس). وفي قوله: (من أعتق شركا له في عبد).

حديث الحضانة أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه، لأن لفظ الصبي ليس من كلام الشارع، إنما الصحابي حكى القصة، وأنها كانت في صبي، فإذا نقح المناط تبين أنه لا تأثير، لكونه ذكرا.

القول الثالث: أن المحضون أحق بنفسه إذا بلغ بدون تفريق بين الذكر والأنثى، وهو مذهب ابن حزم، قال: (وإذا بلغ الولد أو الابنة عاقلين، فهما أملك بأنفسهما، ويسكنان أينما أحبا، فإن لم يؤمنا على معصية من شرب خمر، أو تبرج، أو تخليط، فللأب أو غيره من العصبة، أو للحاكم، أو للجيران أن يمنعاهما من ذلك، ويسكناهما حيث يشرفان على أمورهما)[2].

أما السن التي يبقى فيها مع أمه فقد نص ابن حزم على أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض، أو الاحتلام، أو الإنبات مع التمييز، وصحة الجسم، سواء كانت أمة أو حرة، تزوجت أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل، ومن الأدلة على ذلك:

1 . قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ** ... (١٦٤) ﴾ (الأنعام).

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المحلى: 10 / 157.

2. تصويبه ﷺ قول سلمان: (أعط كل ذي حق حقه)[1].

3. أنه لا دليل على التفريق بين الذكر والأنثى في ذلك، قال ابن حزم: (ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك، ولا لمراعاة زواج الابنة؛ لأنه شرع لم يأذن به الله تعالى، وقد تزوج وهي في المهد وقد لا تتزوج وهي بنت تسعين سنة. ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج وبضرورة الحس يدري كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلا لم يكن ولا صلاحا لم يكن)[2].

4. أنه إذا ظهر في سلوك الذكر أو الأنثى تخليط أو معصية فالمنع من ذلك واجب لقول الله تعالى: ﴿ ... **كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ** ... ﴿١٣٥﴾ ﴾ (النساء)، وقوله تعالى: ﴿ ... **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ... ﴿٢﴾ ﴾ (المائدة)، وقوله تعالى: ﴿ **وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ** ﴿١٠٤﴾ ﴾ (آل عمران).

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى مصلحة الولد كما في كل مسائل الحضانة، وعلى ذلك تدل الروايات النصية المختلفة عن رسول الله ﷺ والصحابة رضي الله عنهم، فليس في النصوص ما ذكره أكثر الفقهاء من أحكام الحضانة وقيودها في هذه المسألة وأكثر مسائل الحضانة، قال ابن تيمية: (ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا، ولاتخيير الولد بين الأبوين مطلقا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن)[3].

وعلى ذلك أيضا يدل الخلاف الفقهي في هذه المسألة، فقد اختلف الفقهاء بحسب اختلاف المصالح والمفاسد التي تنجر عن الأحوال المختلفة، ومن الخطأ نصرة الآراء هنا لأدلتها، فهي تكاد تتكافأ، ويمكن توجيه القوي منها لينسجم مع غيره، ومن الخطأ الأكبر نصرة الآراء هنا باعتبار مذاهبها، فالمذاهب ليست نصوصا قطعية يحرم تجاوزها.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المحلى: 10/157.

(3) زاد المعاد: 5/476.

انطلاقا من هذا نرى أن لولي الأمر أو من يكون ثقة من جماعة المسلمين النظر في كل حالة والحكم عليها بما يناسبها من هذه الأقوال الواردة في المسألة، وقد قال ابن القيم بعد أن أورد الأدلة الكثيرة على نصرة مذهب أحمد في المسألة: (فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه، فإنما نقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وأخير)[1].

واستدل لذلك بالنصوص الشرعية الكثيرة الدالة على هذا ومنها قوله ﷺ: (مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع). والله تعالى يقول: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ... ⁦(٦)⁩** ﴾ (التحريم) وقال الحسن: علموهم وأدبوهم وفقهوهم.

قال ابن القيم: (فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، وتعلمه القرآن والصبي يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك، فإنه أحق به بلا تخيير، ولا قرعة، وكذلك العكس، ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله، والآخر مراع له، فهو أحق وأولى به)[2].

ويذكر عن شيخه ابن تيمية، قال: (تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام،، فخيره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه: سله لأي شيء يختار أباه، فسأله، فقال: أمي تبعثني كل يوم للكتاب، والفقيه يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، فقضى به للأم. قال: أنت أحق به).

وينقل عنه قوله: (وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي، وأمره الذي أوجبه الله عليه، فهو عاص، ولا ولاية له عليه، بل كل من لم يقم بالواجب في ولايته، فلا ولاية له، بل إما أن ترفع يده عن الولاية ويقام من يفعل الواجب، وإما أن يضم إليه من يقوم معه بالواجب، إذ المقصود طاعة الله ورسوله بحسب الإمكان)[3].

---

(1) زاد المعاد: 475/5.

(2) زاد المعاد: 475/5.

(3) زاد المعاد: 475/5.

واستدل لذلك بأن هذا الحق ليس من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم، والنكاح، والولاء، سواء كان الوارث فاسقا أو صالحا، بل هذا من جنس الولاية التي لا بد فيها من القدرة على الواجب والعلم به، وفعله بحسب الإمكان، فلو قدر أن الأب تزوج امرأة لا تراعي مصلحة ابنته، ولا تقوم بها وأمها أقوم بمصلحتها من تلك الضرة، فالحضانة هنا للأم قطعا، وسنرى أدلة أخرى لهذا في المواضع المختلفة من هذا الفصل.

حق الأم في الحضانة:

اتفق الفقهاء على أن الأم أحق بحضانة ولدها من أبيه، وقد نقل ابن قدامة عدم الخلاف في المسألة، فقال: (الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها، ذكرا كان أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم)[1].

بل قد نقل الإجماع على ذلك، قال ابن المنذر: (أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح)[2]، وقال ابن عبد البر: (لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج).

ومن الأدلة على ذلك:

1. ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي)[3]، قال الصنعاني: (الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها ﷺ على ذلك، وحكم لها، ففيه تنبيه على المعنى المقتضي للحكم، وأن العلل والمعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفطر السليمة)[4].

---

(1) المغني: 8/190.

(2) نقلا عن: القرطبي: 3/164.

(3) الحاكم: 2/225، البيهقي: 8/4، الدارقطني: 3/304 أبو داود: 2/283، أحمد: 2/182.

(4) سبل السلام: 3/227.

2. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك[1]، قال ابن حزم: (فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة؛ لأنها صحبة)[2].

3. عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة[3] فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خل بينه وبينها، قال: فما راجعه عمر الكلام[4]، ويروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال: ريحها وشمها ولطفها، خير له منك[5]، قال ابن عبد البر: هذا خبر مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهلُ العلم بالقبول والعمل، وزوجة عمر أمُّ ابنه عاصم: هي جميلة ابنةُ عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح الأنصاري.

4. قال: وفيه دليل على أن عمر كان مذهبُه في ذلك خلافَ أبى بكر، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكمُ والإمضاء، ثم كانَ بعدُ في خلافته يقضي به ويُفتي، ولم يُخالف أبا بكر في شيء منه ما دام الصبيُّ صغيراً لا يُميز، ولا مخالف لهما مِن الصحابة[6].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المحلى: 10/144.

(3) اختلف العلماء في حمل هذا الموقف من عمر رضي الله عنه مع علمه وورعه، فقيل: يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة، وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف، ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضر به ويرى أن ذلك يبيح له أخذه ويجعله أحق بحضانته ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت فصار الصبي إلى جدته ولم يعلم عمر أن الجدة تبتغي حضانته، أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدة الغلام ونازعته إياه فقد روى سفيان عن عاصم بن عبيد الله بن عاصم عن أبيه عن جده أن جدته خاصمت فيه جده وهو ابن ثماني سنين، وفي هذا نظر؛ لأنه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله ﷺ بسنتين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين،انظر: المنتقى: 6/191.

(4) الموطا: 2/767 البيهقي: 8/5.

(5) سنن سعيد بن منصور: 2/139.

(6) نقلا عن: زاد المعاد: 5/436.

5. عن عكرمة قال: خاصمت امرأةُ عُمَرَ، عُمَرَ إلى أبي بكر رضي الله عنه، وكان طلّقها، فقالَ أبو بكر رضي الله عنه: الأم أعطفُ، وألطفُ، وأرحمُ، وأحنى، وأرأفُ، هي أحقُّ بولدها ما لم تتزوج[1].

6. أنها أقرب إليه، وأشفق عليه، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ... (٢٣٣)﴾ (البقرة).

نوع استحقاق الأم للحضانة:

اتفق الفقهاء على أن الأم هي أولى الأقارب بحضانة ولدها، كما ذكرنا، واختلفوا هل هي حق لها أم واجب عليها؟ وينبني على ذلك التساؤل حق من له الحضانة في التنازل عنها، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لكل من الحاضن والمحضون حق في الحضانة، فهي حق الحاضن بمعنى أنه لو امتنع عن الحضانة لا يجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيها سقط، وإذا أراد العود وكان أهلا لها عاد إليه حقه وهو قول الجمهور[2]، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان.

وهي حق المحضون بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، تعينت الأم للحضانة وتجبر عليها، قال الزيلعي: (لا تجبر الأم على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها، وهذا لأن شفقتها حاملة على الحضانة، ولا تصبر عنه غالبا إلا عن عجز فلا معنى للإيجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه، وقال في النهاية إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم غير الأم فحينئذ تجبر على حضانته كي لا يضيع بخلاف الأب، حيث يجبر على أخذه إذا امتنع بعد الاستغناء عن الأم، لأن نفقته واجبة عليه)[3].

ومن آثار هذا القول ما نقله السيوطي نقلا عن المحاملي: (الأم أولى بالحضانة، إلا في صور: إذا امتنع كل من الأبوين من كفالته، فإنه يلزم به الأب. وإذا كان الأب حرا أو مسلما، أو

(1) تلخيص الحبير: 4/11.

(2) وقد خالف المالكية في عودة الحق بعد الإسقاط، فعندهم إذا أسقط الحاضن حقه في الحضانة دون عذر بعد وجوبها سقط حقه ولا يعود إليه الحق بعد ذلك لو أراد، ومقابل المشهور يعود إليه حقه بناء على أنها حق المحضون.

(3) تبيين الحقائق: 3/46.

مأمونا، وهي بخلاف ذلك، أو يريد سفر نقلة، أو تزوجت، أو إذا كانت الأم مجنونة، أو لا لبن لها، أو امتنعت من إرضاعه، أو عمياء كما بحثه ابن الرفعة أو بها برص أو جذام كما أفتى به جماعة)[1].

القول الثاني: إنها حق للمحضون نفسه، فلذلك كان للقاضي أن يجبر الحاضنة، وهو قول للحنابلة والمالكية[2].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى المسألة من ناحيتين:

ناحية حاجة الولد: فإن كانت حاجة الولد إلى الأم شديدة، بحيث لا يغني عنها غيرها، فإن الأرجح هو وجوب ذلك عليها، وتجبر عليه إلا أن يقوم بها من الموانع ما يعزلها عن ذلك، ولعل هذه الناحية لا خلاف فيها بين العلماء.

ناحية قدرة الأم: فيكون للأم الحق في رفض الحضانة، إن أدى ذلك إلى ضرر بها، كأن يحول مثلا بينها وبين الزواج مع حاجتها إليه، فإن هذا عذر يسمح للمرأة بترك ولدها لمن يحضنه كما سنرى في مراتب الحواضن، خاصة إن كانت فقيرة أو لم يكن هناك من يتولاها، ولأجل هذه الناحية رجح ابن القيم أن الحضانة حق لها، فقال: (والصحيح أن الحضانة حق لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها، ولم يوجد غيرها، وإن اتفقت هي، وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود أن في قوله ﷺ: (أنت أحق به)، دليلا على أن الحضانة حق لها)[3].

موانع حضانة الأم:

من الموانع التي ذكرها الفقهاء للحضانة مطلقا، وحضانة الأم خصوصا:

المانع الأول: زواج الأم الحاضنة:

اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة بالزواج على الأقوال التالية[4]:

---

(1) الأشباه والنظائر: 483.

(2) كما ذكره ابن القيم، انظر: زاد المعاد: 5/452، الفروع: 6/517.

(3) زاد المعاد: 5/452.

(4) انظر الأقوال في المسألة في: زاد المعاد: 5/452.

القول الأول: سقوطها بالزواج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا، أو أنثى،وهو قول الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة، وأحمد في المشهور عنه، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، وقضى به شريح[1]، ومن الأدلة على ذلك:

1. حديث عمرو بن شعيب المتقدم ذكره.

2. أن ما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث أنس غير صحيح لأن النبي ﷺ لما قدم المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين، فكان عند أمه، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها ويقول؛ قد تزوجت فلا حضانة لك، وأنا أطلب انتزاعه منك، ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك، ولا ريب أنه لا يجب، بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة، ويطلب انتزاع الولد.

3. اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على ذلك، ومن ذلك قول الصديق لعمر: هي أحق به ما لم تتزوج، وموافقة عمر له على ذلك، ولا مخالف لهما من الصحابة البتة، وقضى به شريح، والقضاة بعده إلى اليوم في سائر الأعصار والأمصار.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في الوقت الذي تسقط فيه حضانتها على رأيين:

الرأي الأول: من حين العقد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

الرأي الثاني: بالدخول، وهو قول المالكية، ففي المدونة (قيل لمالك: متى يؤخذ من أمه أحين عقد نكاحها أو حين يدخل بها زوجها؟ قال: بل حين يدخل بها زوجها ولا يؤخذ منها الولد قبل ذلك)[2]، واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون وهي[3]:

1. أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها في الحضانة ويسكت – بعد علمه بذلك بلا عذر – سنة فلا تسقط حضانتها حينئذ.

---

(1) المغني: 8/194.

(2) المدونة: 2/252.

(3) انظر: حاشية الدسوقي: 2/526، الفواكه الدواني: 2/65، الشرح الكبير: 2/530.

2. ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة أما أو غيرها – فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحالة.

3. ألا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.

4. ألا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

5. ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية عند المالكية، وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك.

القول الثاني: أنها لا تسقط بالتزويج مطلقا، ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات الزوج، وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري، وهو قول ابن حزم، قال ابن حزم: (إنه لا يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها إذا كانت مأمونة وكان الذي تزوجها مأمونا)[1]، ومن الأدلة على ذلك:

1. أنه في يدها؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ... (٢٣٣) ﴾ (البقرة) فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص.

2. عن أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، وانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله؛ إن أنسا غلام كيس، فليخدمك. قال: فخدمته في السفر والحضر وذكر الخبر قال ابن حزم: (فهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ).

3. أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله ﷺ لم تسقط كفالتها لابنها، بل استمرت على حضانتها.

4. أن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها وهي مزوجة بجعفر[2].

---

(1) المحلى: 10/143.

(2) البخاري: 2/960، مسلم: 2/1071، ابن خزيمة: 1/28، ابن حبان: 11/229، الحاكم: 3/130، الدارمي: 2/468، البيهقي: 4/64، ابو داود: 2/284، النسائي: 4/86.

5. أنه لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة[1]، قال ابن حزم في حديث الأنصارية الذي استدل به المخالفون: (هذا مرسل وفيه مجهول، ومثل هذا لا يحتج به)، وقال في حديث عبد الله بن عمر: (وهذه صحيفة لا يحتج بها، وقد ذكرنا في كتابنا الموسوم بالإعراب وفي كتاب الإيصال ما تركوا فيه رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولم يعيبوه إلا بأنه صحيفة)[2].

6. أنه لا فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة الأب، بل في الأغلب الربيب أشفق، وأقل ضررا من الربيبة، وإنما يراعى في كل ذلك الدين، ثم صلاح الدنيا فقط.

القول الثالث: أن الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكرا سقط، وهي إحدى الروايتين عن أحمد، قال: إذا تزوجت الأم وابنها صغير، أخذ منها. قيل له: والجارية مثل الصبي قال: لا، الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين[3]، واستدلوا على ذلك بقصة ابنة حمزة[4].

---

(1) قال ابن القيم ردا على ما أورده ابن حزم في نقده للحديثين: (وهذان الاعتراضان ضعيفان، فقد بينا احتجاج الأئمة بعمرو في تصحيحهم حديثه، وإذا تعارض معنا في الاحتجاج برجل قول ابن حزم، وقول البخاري، وأحمد، وابن المديني، والحميدي وإسحاق بن راهويه وأمثالهم، لم يلتفت إلى سواهم، وأما حديث أبي سلمة هذا، فإن أبا سلمة من كبار التابعين، وقد حكى القصة عن الأنصارية، ولا ينكر لقاؤه لها، فلا يتحقق الإرسال، ولو تحقق، فمرسل جيد، له شواهد مرفوعة وموقوفة، وليس الاعتماد عليه وحده.

وعنى بالمجهول الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، ولا ريب أن هذه الشهادة لاتعرف به، ولكن المجهول إذا عدله الراوي عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحدا على أصح القولين، فإن التعديل من باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة، ولا سيما التعديل في الرواية، فإنه يكتفى فيه بالواحدة، ولا يزيد على أصل نصاب الرواية) زاد المعاد: 5/456.

(2) المحلى: 10/144.

(3) وعلى هذه الرواية: فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ؟ على روايتين. قال ابن أبي موسى؛ وعن أحمد، أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ، انظر: المغني: 8/194، المبدع: 3/100 المحرر: 2/120.

(4) اختلف الفقهاء في الاستدلال بقصة ابنة حمزة على الفهوم التالية:

1. أن النكاح لا يسقط الحضانة.

2. أن المحضونة إذا كانت بنتا، فنكاح أمها لا يسقط حضانتها. ويسقطها إذا كان ذكرا.

3. أن الزوج إذا كان نسيبا من الطفل، لم تسقط حضانتها،، وإلا سقطت.

القول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسب من الطفل لم تسقط حضانتها، وهو قول الحنفية والمالكية وبعض الروايات عند الحنابلة.

وقد استدلوا على ذلك بما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله ﷺ أباها، فقال: (أنكحت فلانا فلانة) قال: نعم، قال: (أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك)[1]، فلم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت، بل أنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح، وبقائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل.

وقد دل على ذلك ما ورد في حديث ابنة حمزة، حيث قال جعفر: أنا أحق بها؛ ابنة عمي، وعندي خالتها، وإنما الخالة أم. وقال علي: أنا أحق بها وعندي ابنة رسول الله ﷺ؛ فأنا أحق بها. وقال زيد: أنا أحق بها، خرجت إليها وسافرت وقدمت بها، فخرج رسول الله ﷺ وذكر شيئا، وقال: أما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها، وإنما الخالة بمنزلة الأم[2].

قال ابن العربي: (أما إن تزوجت، وكان زوجها أجنبيا فلا حضانة لها؛ لأن الأم تسقط حضانتها بالزوج الأجنبي، فكيف بأختها وبأمها والبدل عنها، فإن كان وليا لم تسقط حضانتها كما لم تسقط حضانة زوج جعفر؛ لكون جعفر وليا لابنة حمزة وهي بنوة العم، وذكر ابن أبي خيثمة أن زيد بن حارثة كان وصي حمزة فتكون الخالة على هذا أحق من الوصي، ويكون ابن العم إذا كان زوجا غير قاطع للخالة في الحضانة وإن لم يكن محرما لها)[3].

وقد اختلف أصحاب هذا القول في نوع القرابة التي تربط الزوج بالطفل على الآراء التالية:

الرأي الأول: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط، وهو ظاهر قول الحنابلة.

الرأي الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم، وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

---

(1) مصنف عبد الرزاق: 6/147.

(2) سبق تخريجه.

(3) أحكام القرآن لابن العربي: 1/359.

الرأي الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جدا للطفل، وهذا قول للمالكية، وبعض أصحاب أحمد.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى مصلحة الولد، فإن كانت مصلحته مرتبطة ببقائه مع أمه، لشفقة زوجها، أو لتوفر المرافق التي يحتاج الابن في تنشئته تنشئة صالحة، مقارنة مع ما يتوفر لغيرها، فإن الأرجح هو بقاؤه مع أمه في هذه الحالة، فهي أصلح لحضانته من غيرها، ولا عبرة بأن يكون قريبا أو أجنبيا، لأن العبرة بالصلاح والشفقة، وعليه تحمل الأحاديث السابقة.

ومن المصالح المعتبرة في هذا القول أنه يتيح للمرأة الزواج بعد فراقها لزوجها، لأنها قد تمتنع منه مع حاجتها إليه خوفا من أن يسلب منها ولدها، فلذلك إن علمت بأن زواجها لا يضرها وإنما يضرها الزوج الذي ترضاه أو تختاره لنفسها، فإن هذا يدعوها إلى النظر في زواجها إلى مصلحة ولدها كنظرها إلى مصلحتها.

استحقاق الزوجة للحضانة بعد الطلاق:

اختلف الفقهاء القائلون بسقوط الحضانة عن المرأة بزواجها فيما لو طلقت من زواجها، هل تعود الحضانة إليها أم لا على قولين:

القول الأول: إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي، وهو قول الجمهور، قال الكاساني: (لو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة؛ لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت)، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن قوله ﷺ: (ما لم تنكحي)، للتعليل أي حقك من الحضانة معلل بنكاحك، فإذا زالت العلة زال المعلول.

2. أن المقتضي لحقها من الحضانة هو قرابتها الخاصة، وإنما عارضها مانع النكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل، واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه، ولما فيه من تغذيته وتربيته في نعمة غير أقاربه، وعليهم في ذلك منة وغضاضة، فإذا انقطع النكاح بموت، أو فرقة، زال المانع، والمقتضى قائم، فترتب عليه أثره، وهكذا كل من قام به من أهل الحضانة مانع منها، ككفر، أو رق، أو فسق، أو بدو، فإنه لا حضانة له، فإن زالت الموانع، عاد حقهم، فهكذا النكاح والفرقة.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في الوقت الذي يعود إليها فيه حقها على رأيين:

الرأي الأول: يعود حقها فور الطلاق، سواء أكان بائنا أم رجعيا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع، وهو قول الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية، لأنه قد عزلها عن فراشه، ولم يبق لها عليه قسم، ولا لها به شغل، والعلة التي سقطت الحضانة لأجلها قد زالت بالطلاق[1].

الرأي الثاني: أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن، أما الطلاق الرجعي، فلا يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة، وهو قول الحنفية والمزني من الشافعية، لأن الرجعية زوجة في عامة الأحكام، فإنه يثبت بينهما التوارث والنفقة، ويصح منها الظهار والإيلاء، ويحرم أن ينكح عليها أختها، أو عمتها، أو خالتها، أو أربعا سواها، وهي زوجة، فلذلك لا تعود إليها الحضانة بمجرد الطلاق الرجعي حتى تنقضي العدة، فتبين حينئذ[2].

القول الثاني: إذا تزوجت ودخل بها، لم يعد حقها من الحضانة، وإن طلقت، وهو المشهور في المذهب المالكي، وهذا بناء على أن قوله ﷺ: (ما لم تنكحي)، للتوقيت؛ أي حقك من الحضانة موقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت، انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنها.

وفي المدونة: (قلت لمالك: إذا تزوجت وهو صغير يرضع أو فوق ذلك فأخذه أبوه أو أولياؤه، ثم مات عنها زوجها أو طلقها أيرد إلى أمه؟، قال: لا، ثم قال لي مالك أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضا الثالثة ليس هذا بشيء إذا سلمته مرة فلا حق لها فيه)[3].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن حقها في حال القول بعدم استحقاقها الحضانة لأجل زواجها، أن هذا الحق يعود إليها بمجرد تطليقها سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، لانتفاء العلة، والعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما، ثم ما الفرق بين المطلقة من زوجها، والمطلقة من غيره، ولماذا تحضن الأولى وتحرم الثانية؟.

---

(1) المنثور في القواعد الفقهية: 2/180.

(2) درر الحكام: 1/411، المنثور في القواعد الفقهية: 2/180.

(3) المدونة: 2/252.

المانع الثاني: انتقال الحاضن:

اختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضن أو الولي إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

القول الأول: التفريق بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقلة والانقطاع والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، فإن كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت حضانة الأم، بخلاف سفرها للحاجة والضرورة، فإن الولد يظل مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلا أم قصيرا، ومثله ما لو كان الطريق أو المكان المنتقل إليه غير آمن في سفر النقلة والانقطاع، وقد خالف في ذلك المالكية[1]، فقد نصوا على أنه لا تسقط حضانة الأم في هذه الحالة، وتأخذه معها إن سافرت، ويبقى معها إن سافر الأب، مهما اختلفت مسافة السفر[2].

وقد ذهبوا إلى أنها في سفر الانقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أم المنتقل، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لكن الحنابلة قيدوا أولوية الأب بعدم قصده من ذلك مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد.

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

الرأي الأول: بستة برد فأكثر على المعتمد، أو مسافة بريدين على قول، وهو تحديد المالكية.

الرأي الثاني: أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير، وهو الأصح عند الشافعية.

الرأي الثالث: التحديد بمسافة القصر، وهو الصحيح عند الحنابلة، وقول عند الشافعية.

الرأي الرابع: أنه إذا كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها، وهو المنصوص عن الإمام أحمد.

---

(1) انظر: حاشية الدسوقي: 2/531، التاج والإكليل: 3/519، القوانين الفقهية: 149.

(2) وقيل: لا تأخذ الولد معها إلا إذا كان السفر قريبا كبريد، فإن بعد فلا تأخذه، وإن كانت حضانتها باقية.

القول الثاني: استمرار الحضانة فيما لو كان البلد قريبا بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره على ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه أقل حالا من المكان الذي تقيم فيه[1]، وهو قول الحنفية[2]، وقد نصوا على أنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر ولو كان بعيدا بالشروط التالية:

1. أن يكون البلد الذي انتقلت إليه وطنها.
2. أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد.
3. ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلما أو ذميا.

ومن الأدلة على ذلك:

1. أن المانع من السفر هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولده، وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها.
2. أن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح، فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق، ولهذا فإنه ليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها إذا لم يكن عقد النكاح قد وقع فيه، ولا أن تنتقل إلى البلد الذي وقع فيه عقد النكاح إذا لم يكن بلدها[3].
3. أن اشتراط ألا يكون المكان حربيا إذا كان الزوج مسلما أو ذميا لما في ذلك من إضرار بالصبي لأنه يتخلق بأخلاق الكفار.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة ـ مثلما ذكرنا سابقا ـ النظر في مصلحة الولد من الإقامة أو الانتقال، لأن من منع الانتقال نظر إلى مصلحة والده بأن يراه ولا ينقطع عنه، ونرى أن هذه المصلحة مع أهميتها لا تعدل مصلحة الابن، فالحضانة شرعت أساسا من أجله، ولا ينبغي إفساد حياة ولد من أجل والده.

---

(1) هذا إذا كانت الحاضنة هي الأم، فإن كانت غيرها فلا يجوز لها الخروج بالصغير إلى أي مكان إلا بإذن الأب، لعدم العقد بينهما.

(2) انظر: بدائع الصنائع: 4/ 44.

(3) واعتبر أبو يوسف مكان العقد فقط.

فلذلك يتوقف الإفتاء في هذه المسألة على معرفة مكان السفر، والطريق إليه، ونوع الحياة التي سينتقل إليها هذا الولد، وتوفر المرافق الضرورية لتنشئته نشأة صحية صحيحة، ودرجة صلاح الأم التي تريد أن تنتقل به، وهكذا، وعلى أساس ذلك يمكن ترجيح القول بالجواز وعدمه.

وقد يقال بأن هذا يستدعي بأن يصير المفتي محققا، ويخرج عن دوره المعلق عليه، والجواب عن ذلك أن الأخطار التي تنجر عن التسرع في الإفتاء في مثل هذه المسائل أعظم من أن تحصر، ولذلك توكل هذه المسائل للقضاء الشرعي للتحقيق فيها.

أما عن الأدلة على هذا فهو ما ذكرنا سابقا من أن مبنى هذا الأمر على المصالح الشرعية، ودليلها هو الأدلة العامة الكثيرة، أما الأدلة الخاصة، فليس في المسألة أي دليل يمكن الجزم به، وقد قال ابن القيم: (وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ، روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخرة، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك، لم يجب إليه)[1] .

مراتب من تثبت له الحضانة بعد الأم:

اختلفت المذاهب الفقهية في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم، ومن يقدم عند الاستواء في الاستحقاق، بما يعسر ضبطه، وسنسرد هنا ترتيب المذاهب الفقهية للمستحقين:

مذهب الحنفية[2]:

من النساء: نص الحنفية على أن أم الأم تلي الأم في الحضانة إذا سقطت حضانة الأم لمانع، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم الخالات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأب، وتأخيرها عن الخالات هو الصحيح، ثم بنات الأخ لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء.

---

(1) زاد المعاد: 5/463.

(2) حاشية ابن عابدين: 3/563، الدر المختار: 3/563.

من الرجال: يقدم العصبات من الرجال بترتيب الإرث، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأب، ثم بنوه كذلك، ثم العم، ثم بنوه، وإذا اجتمعوا قدم الأورع ثم الأسن، ثم إذا لم يكن عصبة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم، ثم يقدم الأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأبوين، ثم للخال لأم، فإن تساووا فأصلحهم، ثم أورعهم ثم أكبرهم.

مذهب المالكية[1]:

من النساء: الأحق بالحضانة بعد الأم أم الأم، ثم جدة الأم، وتقدم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب، ثم خالة المحضون الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم عمة الأم، ثم الجدة لأب، وتشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه وتقدم القربى على البعدى، ثم بعد الجدة من جهة الأب تكون الحضانة للأب، ثم أخت المحضون الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم العمة، ثم عمة الأب على الترتيب المذكور، ثم خالة الأب، واختلفوا في تقديم بنت الأخ أو بنت الأخت أو تقديم الأكفأ منهن وهو أظهر الأقوال.

من الرجال: الوصي، ثم الأخ، ثم الجد من جهة الأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم المولى الأعلى، وهو المعتق، ثم المولى الأسفل وهو المعتق، واختلف في حضانة الجد لأم، فمنع ذلك ابن رشد، واختار اللخمي أن له حقا في الحضانة، ومرتبته تكون بعد مرتبة الجد لأب. ويقدم عند التساوي الأكثر صيانة وشفقة، ثم الأكبر سنا عند التساوي في ذلك، ثم القرعة عند التساوي في كل شيء.

مذهب الشافعية[2]:

من النساء: الأحق بالحضانة بعد الأم البنت، ثم أمهات الأم اللاتي يدلين بإناث وارثات تقدم القربى فالقربى، ثم الصحيح بعد ذلك - على الجديد - تنتقل الحضانة إلى أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، ثم أم أبي الجد ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، وتقدم من كل ذلك القربى فالقربى، ثم الأخت الشقيقة ثم التي لأب - على الأصح - ثم التي لأم، ثم لخالة بهذا الترتيب على الأصح، ثم

(1) حاشية الدسوقي: 2/ 527، التاج والإكليل: 4/ 215، حاشية العدوي: 2/ 170.

(2) مغني المحتاج: 3/ 435، المهذب: 2/ 190.

بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة من الأب والأم، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم. وعلى القديم يقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد، والأصح إثبات حق الحضانة للإناث غير المحارم كبنت الخالة، وبنت العمة، وبنت الخال، وبنت العم لشفقتهن بالقرابة وهدايتهن إلى التربية بالأنوثة، ومقابل الأصح لا حق لهن في الحضانة.

من الرجال: وتثبت لكل محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، فيقدم أب، ثم جد وإن علا، ثم أخ شقيق، ثم لأب، وهكذا كترتيب ولاية النكاح، كما تثبت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثا كابن العم، وهذا على الصحيح لوفور شفقته بالولاية، ومقابل الصحيح لا حضانة له لفقد المحرمية. فإن فقد الذكر الإرث والمحرمية معا كابن الخال وابن العمة، أو فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية كالخال وأبي الأم، فلا حضانة لهم في الأصح، ومقابل الأصح لهم الحضانة لشفقتهم بالقرابة.

اجتماع المستحقين من الرجال والنساء: إذا اجتمع للمحضون مستحقون من الذكور والإناث قدمت الأم، ثم أمهات الأم المدليات بإناث، ثم الأب، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب، ويقدم الأصل على الحاشية مطلقا ذكرا كان أو أنثى، كالأخ والأخت لقوة الأصول، فإن فقد الأصل وهناك حواش فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب كالإرث ذكرا كان أو أنثى، وإن استووا وفيهم ذكر وأنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر. وإن استوى اثنان من كل وجه كأخوين وأختين، وخالتين، أقرع بينهما قطعا للنزاع. ومقابل الأصح أن نساء القرابة وإن بعدن أحق بالحضانة من الذكور وإن كانوا عصبات، لأنهن أصلح للحضانة.

مذهب الحنابلة[1]:

من النساء: الأحق بالحضانة بعد الأم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهات الجد القربى فالقربى، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة أمه كذلك، ثم خالة أبيه، ثم عمة أبيه، ثم بنات إخوته وبنات أخواته، ثم بنات أعمامه وبنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه، تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب.

---

(1) دليل الطالب: 288، الإنصاف للمرداوي: 9/420، منار السبيل: 2/482.

وهناك روايات أخرى عن الإمام أحمد، فعنه أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم، وعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته، كما حكي عن أحمد أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومن جميع العصبات[1].

من الرجال: فأولاهم الأب، ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم. وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساووا، كأخوين شقيقين قدم المستحق منهم بالقرعة، وإذا لم يكن للحاضن أحد ممن ذكر انتقلت الحضانة لذوي الأرحام في أحد الوجهين وهو الأولى، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى، فيقدم أبو أم، ثم أمهاته، ثم أخ من أم، ثم خال، ثم حاكم يسلمه إلى من يحضنه من المسلمين. وفي الوجه الآخر لا حق لذوي الأرحام من الرجال وينتقل الأمر للحاكم. وفي كل موطن اجتمع فيه أخ وأخت، أو عم وعمة، أو ابن أخ وبنت أخ، أو ابن أخت وبنت أخت قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور، لأن الأنوثة هنا مع التساوي توجب الرجحان.

فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، وهذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العم ونحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة.

مذهب الظاهرية[2]:

نص ابن حزم على أنه إن كانت الأم مأمونة في دينها والأب كذلك، فهي أحق من الأب، ثم الجدة كالأم، فإن لم تكن مأمونة – لا الأم، ولا الجدة في دينها – أو تزوجت غير مأمون في دينه، وكان الأب مأمونا فالأب أولى، ثم الجد، فإن لم يكن أحد ممن ذكرنا مأمونا في دينه، وكان للصغير أو الصغيرة أخ مأمون في دينه، أو أخت مأمونة في دينها، فالمأمون أولى، وهكذا في الأقارب بعد الإخوة. فإن كان اثنان من الإخوة أو الأخوات، أو الأقارب مأمونين في دينهما مستويين في ذلك. فإن كان أحدهما أحوط للصغير في دنياه فهو أولى، فإن كان أحدهما أحوط في دينه والآخر أحوط في دنياه، فالحضانة لذي الدين، فإن استوى الأخوات أو الإخوة

---

(1) المغني: 8/197، وسنذكر أدلة هذ الرواية في محلها من هذا الفصل.

(2) المحلى: 10/143.

في كل ذلك، أو الأقارب، فإن تراضوا في أن يكون الصغير أو الصغيرة عند كل واحد منهم مدة فذلك لهم، فإن كان في ذلك ضرر على الصغير أو الصغيرة، فإن كان تقدم كونه عند أحدهم لم يزل عن يده،، فإن أبوا فالقرعة.

والأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض، أو الاحتلام، أو الإنبات مع التمييز، وصحة الجسم - سواء كانت أمة أو حرة، تزوجت أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل - والجدة أم.

مذهب الإمامية[1]:

وقد نصوا على أن الأم أحق بالولد مدة الرضاع وهي حولان، ذكرا كان أو أنثى، إذا كانت حرة مسلمة، ولا حضانة للأمة ولا للكافرة مع المسلم. فإذا فصل فالوالد أحق بالذكر، والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وقيل: تسعا، وقيل: الأم أحق بها ما لم تتزوج، والأول أظهر، ثم يكون الأب أحق بها، ولو تزوجت الأم، سقطت حضانتها عن الذكر والأنثى، وكان الأب أحق بهما، ولو مات، كانت الأم أحق بهما من الوصي. وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا، كانت الأم الحرة أحق به، وإن تزوجت فلو أعتق كان حكمه حكم الحر.

فإن فقد الأبوان، فالحضانة لأب الأب؛ فإن عدم، قيل: كانت الحضانة للأقارب، وترتبوا ترتيب الإرث، وفيه تردد، وعلى هذا القول إذا اجتمعت أخت لأب وأخت لأم، كانت الحضانة للأخت من الأب، نظرا إلى كثرة النصيب في الإرث والإشكال في أصل الاستحقاق، وفي الترجيح تردد، ومنشؤه تساويهما في الدرجة، ومثله في أم الأم مع أم الأب، وإذا اجتمعت عمة وخالة، فهما سواء، وإذا وجد جماعة متساوون في الدرجة، كالعمة والخالة، أقرع بينهم.

مذهب الزيدية[2]:

من النساء: الأم الحرة إذا كانت جامعة للشروط فهي أولى بولدها الصغير، والحاضنة أولى بالطفلة من زوجها حتى تصلح للاستمتاع، ومتى صلحت وطلبها سلمت إليه حيث أمن عليها من فرط شهوته، وليس للزوج نقلها حتى تبلغ ولا شيء عليه من أجرة الحضانة، والولد ذكرا كان أو أنثى أولى بحفظ أبويه من أبويهما إذا شاخا ولو لم يكونا عاجزين.

---

(1) شرائع الإسلام: 2/ 291.

(2) التاج المذهب: 2/ 269.

ثم تنتقل الحضانة من الأم إذا كان ثمة مسقط إلى أمهاتها من قبل الأم على الترتيب؛ أقربهن فأقربهن، فأمها أولى من جدتها، ثم جدتها أولى ممن فوقها، ثم التي فوقها كذلك وإن علون ولا حضانة لغيرهن مع وجودهن وعدم المسقط لحق الحضانة فيهن من النكاح وغيره، ثم إذا لم يبق للولد من يستحق الحضانة من الأمهات لعدمهن أو لعروض مانع أو امتنعت الموجودة منهن كان الأب الحر المؤمن أولى بحضانة ولده ذكرا كان أو أنثى حرا أم عبدا وأجرة حضانته على سيده، ثم الخالات أولى من سائر القرابات بعد الأب والأمهات ثم أمهات الأب من الطرفين وإن علون، وأولاهن الجدة أم الأب ثم أمهاتها وإن علون، ثم الجدات أمهات الأجداد من الأب على الترتيب الأول فالأول، وتقدم أمهات الأب على أمهات أب الأب وسواء كانت أمهات الأب من قبل أبيه أم من قبل أمه، ثم أمهات أب الأم ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الإخوة ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب، وهن آخر الدرج في باب الحضانة من النساء.

ولا ولاية لبنات بنات الخالات وبنات بنات الأخوات وبنات بنات الإخوة وبنات بنات العمات وبنات بنات العم وبنات بنات عمات الأب وبنات بنات أعمام الأب.

ويقدم ذو السببين من هذه الأصناف المتقدمة على من أدلى بسبب واحد إلى المولود: فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما، والأخت لأب وأم أولى من الأخت لأحدهما، والعمة لأب وأم أولى من العمة لأحدهما، وكذا بناتهن على هذا الترتيب، ثم ذو الأم فالأخت لأم أولى من الأخت لأب، وكذا سائرهن على هذا الترتيب، أما إذا كان للصبي أختان أو نحوهما مستويتان في الاستحقاق كانت حضانتهما بالمهايأة إلا أن تضر بالصبي المهايأة عين الحاكم من يقوم به منهما.

والنساء أولى بالحضانة على هذا الترتيب إذا كن فوارغ من الأزواج فإن لم توجد فيهن فارغة رجع إليهن على هذا الترتيب مزوجات

من الرجال: إن عدم الحواضن من النساء وقت الحاجة للطفل، يتولى الحضانة الأقرب فالأقرب من العصبة المحارم فهم أولى بالذكر والأنثى فالجد أب الأب أولى من الأخ لأب وأم والأخ لأب وأم أولى من الأخ لأب والعم لأب وأم أولى من العم لأب.

فإذا لم يوجد عصبة محرم فالأقرب ثم الأقرب من ذوي الرحم المحارم فالأخ لأم أولى من الجد أبي الأم وأولى من الخال، والخال لأب وأم أولى من الخال لأم أو لأب، فإذا عدم المحارم من

العصبات وذوي الأرحام فالأولى بالذكر عصبة غير محرم الأقرب فالأقرب، وهم بنو العم وإن نزلوا ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا، أما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها بل هم وسائر المسلمين على سواء في حقها فينصب الإمام أو الحاكم من يحضنها.

فإذا عدمت العصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم انتقلت الحضانة إلى من وجد من ذوي رحم غير محرم فيقدم ابن الخال وابن الخالة على بني العمة، فهم أولى بالذكر دون الأنثى كالعصبات غير المحارم، وإذا غاب وقت حاجة الطفل من هو أولى انتقلت الحضانة إلى من يليه من الحاضرين حتى يحضر لئلا يضيع الصبي ثم إلى ذي الولاية كالإمام والحاكم.

مذهب الإباضية[1]:

تقدم الأم ثم الجدة وإن بعدت ثم الخالة، قيل: ثم أم الأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم ابنة الأخت، ثم الأخ، ثم الوصي ثم العصبة، وإذا تعدد أهل درجة بدئ بالأكبر سنا، ويقدم الشقيق فالأبوي فالأمي، فإذا استووا من كل وجه اعتبر مزيد الشفقة.

حق أقارب الأم في حضانة ولدها ومراتبهم في الحضانة:

اختلف الفقهاء في علة تقديم الأم في الحضانة، هل سببه كون جهتها مقدمة على جهة الأبوة في الحضانة، فقدمت لأجل الأمومة، أو قدمت على الأب، لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور، فيكون تقديمها لأجل الأنوثة[2].

وبناء على خلافهم فيه حصل الخلاف الذي رأيناه في مراتب الورثة، ويمكن حصر الخلاف في اتجاهين وجدا في المذاهب الفقهية المختلفة، ويظهر أثر هذا الخلاف في تقديم نساء العصبة على أقارب الأم أو بالعكس، كأم الأم، وأم الأب، والأخت من الأب، والأخت من الأم، والخالة، والعمة، وخالة الأم، وخالة الأب، ومن يدلي من الخالات والعمات بأم، ومن يدلي منهن بأب، ففي ذلك قولان للفقهاء:

(1) شرح النيل: 7/ 108.

(2) هذا الخلاف مبني على اعتبار أقارب الأم من الرجال لهم مدخل في الحضانة، وفي ذلك وجهان في مذهب أحمد والشافعي. أحدهما: أنه لا حضانة إلا لرجل من العصبة محرم، أو لامرأة وارثة، أو مدلية بعصبة، أو وارث، والثاني: أن لهم الحضانة والتفريع على هذا الوجه، وهو قول أبي حنيفة.

القول الأول: تقديم أقارب الأم على أقارب الأب وهو قول الحنفية ورواية عن أحمد، ويوجد بعض أمثلته في المذاهب المختلفة كما رأينا عند سرد الآرء الفقهية[1]، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن النبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال: (الخالة أم)[2]، وفي رواية: (الخالة بمنزلة الأم) كان لها عمة وهي صفية بنت عبد المطلب أخت حمزة، وكانت إذ ذاك موجودة في المدينة، فإنها هاجرت، وشهدت الخندق، وبقيت إلى خلافة عمر رضي الله عنه، فقدم النبي ﷺ الخالة عليها، وهذا يدل على تقديم من في جهة الأم على من في جهة الأب، قال ابن حجر: (الخالة بمنزلة الأم أي في هذا الحكم الخاص لأنها تقرب منها في الحنو والشفقة والاهتداء إلى ما يصلح الولد لما دل عليه السياق.. ويؤخذ منه أن الخالة في الحضانة مقدمة على العمة، لأن صفية بنت عبد المطلب كانت قوما حينئذ، وإذا قدمت على العمة مع كونها أقرب العصبات من النساء، فهي مقدمة على غيرها، ويؤخذ منه تقديم أقارب الأم على أقارب الأب)[3].
2. أن الخالة تدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، فكما قدمت الأم على الأب، قدم من يدلي بها، ويزيده بيانا كون الخالة أما كما قال النبي ﷺ، فالعمة بمنزلة الأب، وعن زياد قال: إني لأعلم بما صنع عمر جعل العمة بمنزلة الأب والخالة بمنزلة الأم، وعن الحسن عن عمر قال: للعمة الثلثان وللخالة الثلث[4]، وقد كان مسروق ينزل العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم تكن أم[5].

---

(1) ومن ذلك أن مالكا لما قدم أم الأم على أم الأب، قدم الخالة بعدها على الأب وأمه، واختلف أصحابه في تقديم خالة الخالة على هؤلاء، على وجهين، أحدهما تقديم خالة الخالة على الأب نفسه، وعلى أمه،وحجة هذا القول: أن كلتيهما تدليان بالأم المقدمة على الأب، فتقدمان عليه.

(2) البخاري: 2/960، الترمذي: 4/313، الحاكم: 3/130، الدارمي: 2/475، البيهقي: 6/213، أبو داود: 2/284، النسائي: 5/169.

(3) فتح الباري: 7/506.

(4) ابن أبي شيبة: 6/248.

(5) الدارمي: 2/475.

القول الثاني: تقديم أقارب الأب، وهو رواية عند الحنابلة، وقد اختاره ابن تيمية[1] وابن القيم، وعلى هذا فأم الأب مقدمة على أم الأم، والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة، وخالة الأب أحق من خالة الأم، فأقارب الأب من الرجال مقدمون على أقارب الأم، والأخ لأب أحق من الأخ للأم، والعم أولى من الخال، وقد وضعوا لذلك أصلا مطردا منضبطا، وهو أنه إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ، والعمة على العم، والخالة على الخال، والجدة على الجدة، وأصله تقديم الأم على الأب، وإن اختلفت القرابة، قدمت قرابة الأب على قرابة الأم، فتقدم الأخت للأب على الأخت للأم، والعمة على الخالة، وعمة الأب على خالته، وهكذا، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن الأم إنما قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها، إذ لو كانت جهتها راجحة لترجح رجالها ونساؤها على الرجال والنساء من جهة الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقا فكذلك النساء.

2. أن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث، وولاية النكاح، وولاية الموت وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فمن قدمها في الحضانة، فقد خرج عن موجب الدليل.

3. أن الأم إنما قدمت لأن النساء أرفق بالطفل، وأخبر بتربيته، وأصبر على ذلك، وعلى هذا فالجدة أم الأب أولى من أم الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم، والعمة أولى من الخالة.

4. أن هذا هو الذي قضى به سيد قضاة الإسلام شريح، فعن سعيد بن الحارث قال: اختصم عم وخال إلى شريح في طفل، فقضى به للعم، فقال الخال: أنا أنفق عليه من مالي، فدفعه إليه شريح.

---

(1) وقد ضبط ابن تيمية مراتب الورثة بقوله: (أقرب ما يضبط به باب الحضانة أن يقال: لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة. فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا، فإن استوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال، والعمة على العم، والأخت على الأخ.

فإن كانا ذكرين أو أنثيين، قدم أحدهما بالقرعة يعني مع استواء درجتهما، وإن اختلفت درجتهما من الطفل، فإن كانوا من جهة واحدة، قدم الأقرب إليه، فتقدم الأخت على ابنتها، والخالة على خالة الأبوين، وخالة الأبوين على خالة الجد والجدة، والجد أبو الأم على الأخ للأم، هذا هو الصحيح لأن جهة الأبوة والأمومة في الحضانة أقوى من جهة الأخوة فيها).

5. أنه لم يقدم الأم على الأب لقوة الأمومة، وتقديم هذه الجهة، بل لكونها أنثى، فإذا وجد عمة وخالة، فالمعنى الذي قدمت له الأم موجود فيها، وامتازت العمة بأنها تدلي بأقوى القرابتين، وهي قرابة الأب.

6. أن حديث ابنة حمزة رضي الله عنه إنما يصح الاستدلال به، فيما لو كانت صفية قد نازعت معهم، وطلبت الحضانة، فلم يقض لها بها بعد طلبها، وقدم عليها الخالة، هذا إذا كانت لم تمنع منها لعجزها عنها، فإنها توفيت سنة عشرين عن ثلاثة وسبعين سنة، فيكون لها وقت هذه الحكومة بضع وخمسون سنة، فيحتمل أنها تركتها لعجزها عنها، ولم تطلبها مع قدرتها، والحضانة حق للمرأة، فإذا تركتها، انتقلت إلى غيرها.

7. تناقض من لم يلتزموا هذه القواعد المضبوطة، وقد ذكر ابن القيم من أمثلة هذا التناقض تقديم الشافعي في الجديد الخالة على العمة مع تقديمه الأخت للأب على الأخت للأم، وطرد قياسه في تقديم أم الأم على أم الأب، فوجب تقديم الأخت للأم، والخالة على الأخت للأب والعمة، وكذلك من قدم من أصحاب أحمد الخالة على العمة، وقدم الأخت للأب على الأخت للأم، كقول القاضي وأصحابه[1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في هذه المسألة وكل المسائل المتعلقة بالترتيب بين من يتولى الحضانة هو النظر إلى مصلحة الولد وتقديمها على كل اعتبار، فلذلك نرى أنه بدل ذكر التقديم والتأخير بين من يتولى ومن لا يتولى أن نضع الضوابط التي يربى فيها المحضون في أحسن الأحوال، بحيث ينتفي التنازع نفيا كليا، لأن سبب ترتيب الفقهاء بين مراتب من يتولى الحضانة هو درء مفسدة النزاع، وسنشير هنا باختصار إلى بعض الضوابط، ونشير في شروط الحاضن إلى الضوابط المتعلقة بأهلية الحاضن، وهذه الضوابط هي:

---

(1) ما ذكره ابن القيم من كون هذا من التناقض لا يصح لأنهم وضعوا لذلك ضوابط خاصة تجمع بين الحضانة والإرث، وهذا الضابط هو أن الاعتبار في الحضانة بالولادة المتحققة وهي الأمومة، ثم الولادة الظاهرة وهي الأبوة، ثم الميراث. قال: ولذلك تقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وعلى الخالة، لأنها أقوى إرثا منهما.
قال: ثم الإدلاء، فتقدم الخالة على العمة لأن الخالة تدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، فذكر أربع أسباب للحضانة مرتبة: الأمومة، ثم بعدها الأبوة، ثم بعدها الميراث، ثم الإدلاء، وقد ضبطه في المغني بضابط آخر، انظر: المغني: 8/197.

1. مراعاة رغبة الحاضن، فإن كان الحاضن مثلا راغبا في الحضانة لكونه عقيما، أو لقلة أولاده، أو لرغبة منه في ذلك، فإنه أولى من غيره من الأقارب إن لم تكن لهم رغبة في الحضانة، أو كانت رغبتهم فيها قليلة.

2. مراعاة ظروفه المعيشية وتوفر المرافق اللازمة للمحضون من مسكن ومدرسة ونحوها، فيقدم من حاله هذه على من يسكن في البادية مثلا، ويخشى على الولد من أن يحرم من حقه في التعليم، ولا يشترط توفر المرافق الكمالية، التي قد يكون خطرها على التنشئة الصحيحة أكثر من منفعتها.

3. النظر في سيرة الحاضن وقدرته على تربية المحضون تربية سليمة صحيحة، فلهذا يحرم من هذا الحق من يتوسم فيه عدم القدرة على التربية، وقد يستدل على هذا بالطريقة التي يربي بها أولاده مثلا.

4. توفر الأهلية في الحاضن من جميع جوانبها، وهو ما سنراه في شروط الحاضن.

وما ذكرناه من تقديم الضوابط على تقديم القرابة، هو الأصل الشرعي في جميع الولايات، بخلاف ما ذكره الفقهاء ممن سبق ذكرهم من مراعاة الترتيب على أساس الإرث، لأنه لا علاقة بين الحضانة والإرث حتى يقاس عليها، وقد قال العز بن عبد السلام مبينا المراتب التي راعاها الشرع في الولايات المختلفة: (والضابط في الولايات كلها أنا لا نقدم فيها إلا أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفاسدها، فيقدم في الصلاة الأقوم بأركانها وشرائطها، على الأقوم بسننها وآدابها، فيقدم في الإقامة الفقيه على القارئ، والأفقه على الأقرأ؛ لأن الفقيه أعرف باختلال الأركان والشرائط، وبما يطرأ على الصلاة من المفسدات، وكذلك يقدم الورع على غيره؛ لأن ورعه يحثه على إكمال الشرائط والسنن والأركان، أما غسل الموتى وتكفينهم وحملهم ودفنهم فيقدم فيه الأقارب لأن حنوهم على ميتهم يحملهم على أكمل القيام بمقاصد هذه الواجبات وكذلك يقدم الآباء على الأولاد، لأن حنو الآباء أكمل من حنو الأولاد. وكذلك تقدم الأمهات على الآباء في الحضانة لمعرفتهن بها وفرط حنوهن على الأطفال، وإذا استوى النساء في درجات الحضانة فقد يقرع بينهن وقد يتخير والقرعة أولى. ويقدم الآباء على الأمهات في النظر في مصالح أموال المجانين والأطفال. وفي التأديب وارتياد الحرف والصناعات؛ لأنهم أقوم بذلك وأعرف به من الأمهات) [1].

---

(1) بتصرف من: قواعد الاحكام: 1 / 75.

ولكنا مع ذلك نرى أن حق القرابة مقدم على غيرها، فهو حق لا يمكن جحوده، ولكنه لا ينبغي أن يطغى على حق الولد في التنشئة السليمة، ولذلك نعجب أن يقول بعض الفقهاء: (اشترط في البدائع في العصبة اتحاد الدين حتى لو كان للصبي اليهودي أخوان أحدهما مسلم يدفع لليهودي لأنه عصبته لا للمسلم)[1]، فهذا بعد عظيم عن المقاصد الشرعية، فكيف تقدم العصبة على الإسلام.

شروط الحاضن:

الحضانة من الولايات، والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولهذا يشترط الفقهاء شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار بعض هذه الشروط، وسنذكرها هنا مع ما جرى فيها من خلاف:

1 ـ الأهلية العقلية والصحية:

نص الفقهاء على أنه لا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون، أو معتوه، لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم، ففي أسنى المطالب عند ذكر شروط الحاضنة: (أن تكون عاقلة فتسقط حضانتها بالجنون، ولو متقطعا؛ لأنها ولاية، وليست المجنونة من أهلها؛ ولأنه لا يتأتى منها الحفظ، والتعهد بل هي في نفسها محتاجة إلى من يحضنها، لا بجنون يقع نادرا قصيرا زمنه، كيوم في سنتين،فلا تسقط حضانتها به كمرض يطرأ ويزول)[2]، ونص المالكية على أن جنون الحاضن في بعض الأوقات بحيث يخاف رعب الولد حين نزوله وضيعته مانع[3]، ونص الحنابلة على أنه لا حضانة لمجنون ولو غير مطبق ولا لمعتوه ولا لطفل، لأنهم يحتاجون لمن يحضنهم[4].

بالإضافة إلى الأهلية العقلية المتحققة بالبلوغ والعقل، اشترط الفقهاء الأهلية الصحية، فلذلك اعتبروا من موانع الحضانة الأمراض المعدية والمنفرة، وذلك بألا يكون بالحاضن مرض معد، أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون، كالجذام، والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون، قال في أسنى المطالب: (وتسقط بالمرض الدائم كالسل، والفالج إن عاق ألمه عن

---

(1) حاشية ابن عابدين: 3/564.

(2) أسنى المطالب: 3/448.

(3) التاج والإكليل: 5/597.

(4) كشاف القناع: 5/498.

نظر المخدوم بالحضانة، وهو المحضون بأن كانت بحيث يشغلها ألمه عن كفالته، وتدبير أمره، أو عن حركة من يباشرها، فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره)[1] .

وقال الخرشي عند قول خليل: [وعدم كجذام مضر] (يعني ومما يشترط في الحاضن أن يكون سالما من البرص المضر بالمحضون، وأن يكون سالما من الجذام المضر بالمحضون فخفيفهما لا يمنع وبعبارة: أدخلت الكاف البرص المضر والجرب الدامي والحكة وذكر صاحب اللباب ما يفيد أن المراد بقوله كجذام جميع العاهات التي يخشى حدوث مثلها بالولد، وظاهر قوله وعدم كجذام يشمل ما إذا كان بالمحضون ذلك أيضا إذ قد يحصل بانضمامهما زيادة في جذام المحضون وبرصه)[2] .

ومما تتحقق به الأهلية أيضا القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر سن، أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيرا لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعا، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعنى بالمحضون، ويقوم على شؤونه، فحينئذ لا تسقط حضانتهم.

وفي المنتقى: (إذا لم تكن في حرز، أو كانت غير مأمونة، أو تضعف عنه، أو سفيهة، أو سقيمة، أو ضعيفة، أو مسنة فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها، قاله مالك في الموازية، ووجه ذلك أن الحضانة إنما هي للرفق بالصغير فإذا عجزت عن القيام به، عدم الرفق وكان في مقامه عندها تضييع له)[3] ، في الفتاوى الهندية: (ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة)[4] .

ومما يمكن إلحاقه بهذا النوع من الأهلية الإقامة المناسبة للحاضن، وذلك بألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغض المحضون ويكرهه.

2ـ الأهلية الدينية والخلقية:

وتتحقق هذه الأهلية بما يلي:

---

(1) أسنى المطالب: 3 / 448.

(2) الخرشي: 4 / 212، وانظر: التاج والإكليل: 5 / 597.

(3) المنتقى: 6 / 187.

(4) الفتاوى الهندية: 1 / 542.

إسلام الحاضن:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول: عدم اعتبار هذا الشرط، وهو قول المالكية في المشهور عندهم، وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة، قال الكاساني في شروط الحاضنة: (عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع)[1]، أما غير المسلمة كتابية كانت أو مجوسية فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، وذلك بشرط أن لا يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها ويضم إلى أناس من المسلمين[2].

أما عند المالكية فإنه ولو خيف عليه لا ينزع منها، وإنما تضم الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها، ففي المدونة: (قلت: أرأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية ومعها أولاد صغار، من أحق بولدها؟ قال: هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها إلا أن يخاف عليها إن بلغت منهم جارية أن لا يكونوا في حرز، قلت: هذه تسقيهم الخمر وتغذيهم بلحوم الخنازير فلم جعلتها في ولدها بمنزلة المسلمة؟ قال: قد كانت عنده قبل أن يفارقها وهي تغذيهم إن أحبت بلحوم الخنازير وبالخمر، ولكن إن أرادت أن تفعل شيئا من ذلك منعت من ذلك ولا ينزع الولد منها، وإن خافوا أن تفعل ضمت إلى ناس من المسلمين لئلا تفعله)[3].

ومن الأدلة التي استند لها أصحاب هذا القول:

1. عن رافع بن سنان، أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم أو يشبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال النبي ﷺ: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وقال لهما: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ: اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها[4].

---

(1) بدائع الصنائع: 4/42.

(2) انظر: تبيين الحقائق: 3/49.

(3) المدونة: 2/260.

(4) سبق تخريجه.

2 . أن الحضانة لأمرين؛ الرضاع، وخدمة الطفل، وكلاهما يجوز من الكافرة.

القول الثاني: لا حضانة لكافر على مسلم، وهو قول الجمهور، ومن الأدلة على ذلك[1]:

أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، وأن ينشأ عليه، ويتربى عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده، فلا يراجعها أبدا، كما قال النبي ﷺ: (كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه، أو يمجسانه)[2]، فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم.

1 . أن الله تعالى قطع الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين.

2 . أن الحديث الذي استدلوا به من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان الأنصاري الأوسي، وقد ضعفه يحيى بن سعيد القطان، وكان سفيان الثوري يحمل عليه، وضعف ابن المنذر الحديث، وضعفه غيره، وقد اضطرب في القصة، فروى أن المخير كان بنتا، وروى أنه كان ابنا[3].

3 . أن الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام، فإن الصبية لما مالت إلى أمها دعا النبي ﷺ لها بالهداية، فمالت إلى أبيها، وهذا يدل على أن كونها مع الكافر خلاف هدى الله الذي أراده من عباده، ولو استقر جعلها مع أمها، لكان فيها حجة، بل أبطله الله سبحانه بدعوة رسوله ﷺ.

4 . أن القائلين بهذا يقولون: لا حضانة للفاسق، فأي فسق أكبر من الكفر، وأين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر.

القول الثالث: إجازة حضانة الكافرة في فترة الرضاعة وما بعدها بقليل، وهو قول الظاهرية قال ابن حزم: (الأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع، فإذا بلغا من السن والاستغناء

---

(1) انظر: زاد المعاد: 5 / 461.

(2) البخاري: 1 / 465، مسلم: 4 / 2048، ابن حبان: 1 / 336، الترمذي: 4 / 447، البيهقي: 6 / 202، أبو داود: 4 / 229، الموطأ: 1 / 241.

(3) انظر هامش تخريج الحديث.

مبلغ الفهم، فلا حضانة لكافرة ولا لفاسقة) واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ ... وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ... ﴿٧٥﴾ ﴾ (الأنفال) ، قال : (فأما الأم فإنه في يدها؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... ﴿٢٣٣﴾ ﴾ (البقرة) فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص)[1] .

وقد أنكر ابن حزم على من تعدى هذه المدة، من أصحاب القول الأول، وقال مفرقا بين قوله وقولهم (أما مدة الرضاع فلا نبالي عن ذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... ﴿٢٣٣﴾ ﴾ (البقرة) ولأن الصغيرين في هذه السن ومن زاد عليها – بعام أو عامين – لا فهم لهما، ولا معرفة بما يشاهدان، فلا ضرر عليهما في ذلك)[2] .

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من تحديد فترة الحضانة بفترة حاجة الولد للرضاعة وما بعدها بقليل، أما إذا بدأ الولد في القدرة على التمييز والفهم، فإنه لا يصح ائتمان الكافرة على مسلم بأي حال من الأحوال.

وقد أنكر ابن حزم إنكارا شديدا على من ذهب إلى ذلك من أصحاب القول الأول، فقال : (فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله ﷺ وعلى ترك الصلاة، والأكل في رمضان، وشرب الخمر والأنس إليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر، أو على صحبة من لا خير فيه، والانهماك على البلاء، فقد عاون على الإثم والعدوان، ولم يعاون على البر والتقوى، ولم يقم بالقسط، ولا ترك ظاهر الإثم وباطنه، وهذا حرام ومعصية، ومن أزالهما عن المكان الذي فيه ما ذكرنا إلى حيث يدربان على الصلاة والصوم، وتعلم القرآن، وشرائع الإسلام، والمعرفة بنبوة رسول الله ﷺ والتنفير عن الخمر والفواحش فقد عاون على البر والتقوى، ولم يعاون على الإثم والعدوان، وترك ظاهر الإثم وباطنه، وأدى الفرض في ذلك)[3] .

---

(1) المحلى : 10/ 144 .

(2) المحلى : 10/ 145 .

(3) المحلى : 10/ 145 .

أمانة الحاضن:

نص أكثر الفقهاء على اشتراط الأمانة في الحاضن، فلا حضانة لفاسق [1]، لأن الفاسق لا يؤتمن، والمراد به الفسق الذي يضيع المحضون به، كالاشتهار بالشرب، والسرقة، والزنى واللهو المحرم، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة.

قال الشافعي في التعبير عن هذا الشرط: (إذا كان من ينازع في الولد أم أو قرابة غير ثقة فلا حق له في الولد، وهي كمن لم يكن في هذه الحال، وأقرب الناس به أحق بالمنازعة كأن أمه كانت غير ثقة وأمها ثقة، فالحق لأمها ما كانت البنت غير ثقة، ولو صلح حال البنت رجعت على حقها في الولد كما تنكح فلا يكون لها فيهم حق وتئيم فترجع على حقها فيهم، وهكذا إن كان الأب غير ثقة كان أبوه يقوم مقامه وأخوه وذو قرابته فإذا صلحت حاله رجع إلى حقه في الولد فعلى هذا الباب كله وقياسه) [2].

وهذا يؤيد ما ذكر سابقا من أن العبرة في الترتيب في الحضانة يرجع للأمانة والدين والقيام بشؤون المحضون قبل القرابة النسبية.

وقد عبر السرخسي عن بعض تفاصيل هذا الشرط بقوله: (فإن كان أخوها، أو عمها مفسدا مخوفا لم يخل بينه وبينها؛ لأن ضمها إليه لدفع الفتنة فإذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها إليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك إلى القاضي ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضعها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك، فكذلك في حق نفسها، فإن كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها؛ لأن الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها) [3].

ولعل أكبر من تشدد في اعتبار هذا الشرط ابن حزم فقد قال بمنع الأم نفسها من الحضانة إن لم تكن أمينة على ولدها، قال في ذلك: (إن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها نظر

(1) انظر: دليل الطالب: 287، الفروع: 5/467، الروض المربع: 3/249، كشاف القناع: 5/498، المهذب: 2/169، الإقناع للشربيني: 2/491، الشرح الكبير: 2/528.

(2) الأم: 5/100.

(3) المبسوط: 5/212، وانظر: تحفة المحتاج: 8/358، الفروع: 5/616.

للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمة، أو الخالة، أو العم، أو الخال ـ وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا)[1].

ولعله لم يخالف في اعتبار هذا الشرط، ويتشدد في المخالفة غير ابن القيم، فقد قال ابن المفلح: (وقال الأصحاب: ولا حضانة لفاسق، وخالف صاحب الهدي)[2].

ويقصد بذلك ابن القيم فقد أنكر على اشتراطها، وبرر ذلك بالواقع الذي يقضي بالقول بخلاف هذا الشرط، وقد مر معنا أمثلة كثيرة عن اعتباره للواقع وخاصة في أمثال هذه المسائل، فقال: (واشتراطها في غاية البعد، ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة، واشتد العنت، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد في الدنيا، مع كونهم الأكثرين. ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا في الحرج والعسر واستمرار العمل المتصل في سائر الأمصار والأعصار على خلافه بمنزلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح)[3].

ومما استدل به لذلك أن النبي ﷺ لم يمنع، ولا أحد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه وحضانته له، ولا من تزويجه موليته، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق، فإنه يحتاط لابنته، ولا يضيعها، ويحرص على الخير لها بجهده، وإن قدر خلاف ذلك، فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة، وولاية النكاح، لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله، وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه، وتوارثوا العمل به، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه. ولو كان الفسق ينافي الحضانة، لكان من زنى أو شرب خمرا، أو أتى كبيرة، فرق بينه وبين أولاده الصغار، والتمس لهم غيره.

ونرى أن الأرجح اعتبار هذا الشرط في حال كون المحضون صاحب أقارب ممن يسعهم حضانته، فيقدم الأعدل فالأعدل بغض النظر عن قرابتهم منه، فيقدم العم على الجد، أو الأخ لأم على الأخ الشقيق أو الخال على الأخ إن كانوا متصفين بالعدالة وغيرهم يتصف بالفسق، أما

---

(1) المحلى: 10 / 143.

(2) الفروع: 5 / 467.

(3) زاد المعاد: 5 / 461.

إن كان محدود القرابة، وليس فيهم من يتصف بالعدالة، فإن الضرورة تدعو إلى عدم اعتبار هذا الشرط إلا إذا تضرر المحضون، فيلزم اعتباره، ولو بأن يحضنه فرد من أفراد المسلمين لا قرابة تربطه به.

وليست هناك صعوبة شديدة في تطبيق هذا الشرط، لأن المراد بعدم العدالة الفسق الظاهر كشرب الخمر وارتكاب الفواحش أما مستور الحال، فيضم إلى العدل من باب الضرورة كما سبق بيان علل ذلك.

رشد الحاضن:

وقد اعتبر المالكية والشافعية هذ الشرط، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون.

قال خليل عند ذكره لشروط الحاضن (ورشد) وخرج بذلك السفيه قال اللخمي: وهذا إذا كان سفيها في عقله ذا طيش وقلة ضبط لا يحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، أو كان سفيها في المال يبذر ما يقبضه قبل انقضاء الأمد، وأما إن كان سفيها مولى عليه ذا صيانة وقيام بالمحضون فلا يسقط حقه من الحضانة، وذكر المتيطي اختلاف الفقهاء في السفيهة، فقيل لها الحضانة وقيل لا حضانة لها)[1].

وقد ذكر ابن عرفة استمرار الخلاف بين متأخري المالكية في اعتبار هذا الشرط، فقال: نزلت ببلد باجة فكتب قاضيها لقاضي الجماعة يومئذ بتونس وهو ابن عبد السلام فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى بن الأمير أبي زكريا فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك فاجتمعوا بالقصبة. وكان من جملتهم ابن هارون والأجمي قاضي الأنكحة حينئذ بتونس فأفتى القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السلطان المذكور فخرج الأمر بالعمل بفتوى ابن هارون وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل وهو الصواب، وهو ظاهر عموم الروايات في المدونة وغيرها[2].

ونرى أن الأرجح في هذا اعتبار هذا الشرط كما ذكرنا في العدالة إذا كان المحضون ذا مال وخيف عليه من السفيه أن يفسد ماله، لكن إن لم يكن له غير هذا السفيه، فإنه يمكن تفادي

---

(1) انظر: حاشية الدسوقي: 3 / 301، الشرح الكبير: 3 / 292.

(2) شرح ميارة: 1 / 273.

سفهه بالحجر عليه في التصرف في مال المحضون، وليس ذلك بعسير في عصرنا، فيمكن أن يحفظ مال الابن في أي بنك، ويمنع السفيه من التصرف في ماله إلا بقدر الضرورة.

3ـ الأهلية الشرعية:

ونقصد بها محرمية الحاضن للمحضون، وذلك يختلف حكمه بحسب الحاضن رجلا كان أو امرأة، كما يلي:

بالنسبة للرجل:

وهو أن يكون محرما للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى مشتهاة فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرما، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها، فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى، ولا يخشى عليها فلا تسقط حضانة ابن عمها، وإذا لم يكن للمشتهاة غير ابن العم، وضعت عند أمينة يختارها ابن العم، كما يقول الشافعية والحنابلة، أو يختارها القاضي كما يقول الحنفية إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها، وإلا أبقاها القاضي عنده، وعند المالكية يسقط حق الحضانة لغير المحرم.

ونرى في هذا اعتبار هذا الشرط إلا إذا كان للحاضن الأجنبي من يتولى أمر المحضون، قال الخرشي: (الحاضن إذا كان ذكرا فإنه يشترط في حقه أن يكون له أهل يتولون المحضون من سرية أو زوجة أو مستأجرة أو متبرعة بذلك لأن الذكر لا يصير على ما تصير عليه النساء من أحوال الأطفال.. ويشترط في الحاضن الذكر إن كانت المحضونة أنثى تطيق الوطء أن يكون محرما لها ولو في زمن الحضانة بأن يتزوج أم المحضونة في زمن إطاقتها، وإلا فلا حضانة له في زمنها ولو كان مأمونا ذا أهل عند مالك، وأجازه أصبغ، ذكره في الذخيرة)[1].

وما ذكره مالك من التشديد في هذا هو الصحيح، وله قيمته الواقعية، وقد دلت السنة على ذلك، فالنبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها وإن كانت ذات زوج، لأن البنت تحرم على الزوج تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وقد نبه النبي ﷺ على هذا بعينه في حديث داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس، فذكر الحديث بطوله، وقال فيه: (وأنت يا جعفر أولى بها: تحتك خالتها، ولا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها)[2].

---

(1) الخرشي: 4/213.

(2) سبق تخريجه.

قال ابن القيم: (وليس عن النبي ﷺ نص يقتضي أن يكون الحاضن ذا رحم تحرم عليه البنت على التأبيد حتى يعترض به على هذا المسلك،بل هذا مما لا تأباه قواعد الفقه وأصول الشريعة، فإن الخالة ما دامت في عصمة الحاضن، فبنت أختها محرمة عليه، فإذا فارقها، فهي مع خالتها، فلا محذور في ذلك أصلا)[1].

ثم ذكر المفاسد المترتبة عن اشتراط المحرمية المؤبدة بقوله: (ولا ريب أن القول بهذا أخير وأصلح للبنت من رفعها إلى الحاكم يدفعها إلى أجنبي تكون عنده، إذ الحاكم غير متصد للحضانة بنفسه، فهل يشك أحد أن ما حكم به النبي ﷺ في هذه الواقعة هو عين المصلحة والحكمة والعدل، وغاية الاحتياط للبنت والنظر لها، وأن كل حكم خالفه لا ينفك عن جور أو فساد لا تأتي به الشريعة، فلا إشكال في حكمه ﷺ، والإشكال كل الإشكال فيما خالفه)[2].

بالنسبة للمرأة:

وذلك بأن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأمه وأخته[3]، فلا حضانة لبنات العم والعمة، والخال والخالة، وهذا عند الحنفية والمالكية وليس هذا شرطا عند الشافعية والحنابلة، وصرح الشافعية بأنه لا تثبت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتهى، وهو قول الحنفية[4].

آثار الحضانة:

حق الحاضنة في أجرة الحضانة:

اختلف الفقهاء في حق الحاضن في أجرة الحضانة على قولين:

القول الأول: أن الحاضنة لها الحق في طلب أجرة على الحضانة، سواء أكانت الحاضنة أما أم غيرها، وهو قول جمهور الفقهاء، وسنذكر هنا آراء هذه المذاهب التفصيلية لكيفية تنفيذ هذا الحكم:

---

(1) زاد المعاد: 489/5.

(2) زاد المعاد: 489/5.

(3) انظر: كشاف القناع: 497/5، حاشية البجيرمي: 123/4، روضة الطالبين: 110/9، مغني المحتاج: 454/3، حاشية ابن عابدين: 564/3.

(4) حاشية ابن عابدين: 594/3.

مذهب الحنفية[1]:

نص الحنفية على أن أجرة الحضانة ثابتة للحاضنة، سواء كانت أماً أو غيرها، وهي غير أجرة الرضاع، وغير نفقة الولد، فيجب على الأب، أو من تجب عليه النفقة ثلاثة أجور: أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد، فإذا كان للولد المحضون مال أخذه من ماله، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته.

وإذا كان للحاضنة مسكن يسكن الولد تبعاً لها، فلذلك لا يقدر لها أجرة مسكن، وإن لم يكن لها مسكن[2] قدر لها أجرة مسكن، لأنها مضطرة إلى إيوائه، وإذا احتاج الصغير إلى خادم، فإنه يقضى له به على أبيه الموسر.

وإنما تثبت أجرة الحضانة للأم إذا لم تكن الزوجية قائمة، أو لم تكن معتدة، فإن كانت زوجة أو معتدة لأب الطفل فإنه لا حق لها في أجرة الرضاع، ولا في أجرة الحضانة، ولا تجب الأجرة على أبيه إلا إذا كان الطفل فقيراً لا مال له، وإلا فمن ماله.

وهذا كله إذا لم يوجد متبرع يتبرع بحضانته مجاناً، فإن وجد متبرع، وكان أجنبياً عن الصغير، وكان للصغير مال، فإنه لا يعطى للأجنبي، ولكن يعطى لمن هو أهل للحضانة بأجرة المثل من ماله. أما إن كان المتبرع من أقارب الصغير، كالعمة مثلاً فإن الأم في هذه الحالة تخير بين إمساكه مجاناً، وبين أخذه منها وإعطائه لعمته لتحضنه مجاناً، إلا إذا كان الأب موسراً، ولا مال للصغير فإن الأم أولى بحضانته بالأجرة.

---

(1) انظر: البحر الرائق: 4 / 181، حاشية ابن عابدين: 3 / 557، الدر المختار: 3 / 561، بدائع الصنائع: 4 / 41.

(2) اختلف فقهاء الحنفية في وجوب أجر المسكن للحاضنة إذا لم تكن في مسكن الأب، فقال بعضهم: على الأب سكنى الحاضنة وهو المختار عند نجم الأئمة، وبمثله قال أبو حفص فقد سئل عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد فقال: على الأب سكناهما جميعا، واستظهر الخير الرملي اللزوم على من تلزمه نفقته. وقال آخرون: تجب أجرة السكن للحاضنة إن كان للصبي مال، وإلا فعلى من تجب نفقته. ونقل ابن عابدين عن البحر أنه لا تجب في الحضانة أجرة المسكن، ورجح ذلك في النهر، لان وجوب الأجر (أي أجر الحضانة) لا يستلزم وجوب المسكن واختاره ابن وهبان والطرسوسي.

وقد وفق ابن عابدين بين هذه الأقوال بقوله: (والحاصل أن الاوجه لزوم أجرة المسكن على من لزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، لكن هذا إذا لم يكن لها مسكن، اما لو كان لها مسكن يمكنها ان تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه)، ثم قال تعقيبا على توفيقه: (فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل) انظر: حاشية ابن عابدين: 3 / 562.

أما إذا كان الأب معسراً، والصغير موسر، أو كان الأب موسراً، والصغير موسر، فإنه يعطى لعمته مجاناً، وذلك لأن نفقة أمه في هذه الحالة تكون من مال الصغير، وهو ضرر عليه، كما لا يخفى.

مذهب الشافعية[1]:

نص الشافعية على أن أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم، وهي غير أجرة الرضاع، فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته، ويقدر لها كفايتها بحسب حاله.

مذهب الحنابلة[2]:

نص الحنابلة على أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزماها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعاً، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها، وانتقل إلى غيرها.

القول الثاني: أنه ليس لها الحق في طلب أجرة الرضاعة، وهو قول المالكية والظاهرية، بل لها الحق في نفقة ولدها فقط، وفيما يلي تفصيل المذاهب في ذلك:

مذهب المالكية[3]:

نص المالكية على أنه ليس للحاضن أجرة على الحضانة، سواء كانت أماً أو غيرها، بقطع النظر عن الحاضنة، فإنها إذا كانت فقيرة ولولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها إلا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفرش، والحاضنة تقبضه منه وتنفقه عليه، وليس له أن يقول لها: أرسليه ليأكل عندي ثم يعود.

وتقدر النفقة على والده باجتهاد الحاكم حسب ما يراه مناسباً لحاله، كأن يقدر له شهرياً، أو كل جمعة، أو نحو ذلك، مما ذكر في باب النفقة، والصحيح عندهم أن تقدير

---

(1) انظر: المهذب: 401، روضة الطالبين: 9 / 105.

(2) انظر: المبدع: 8 / 221، المحرر في الفقه: 2 / 119.

(3) انظر: حاشية الدسوقي: 2 / 533، التاج والإكليل: 4 / 214، الشرح الكبير: 2 / 526.

السكنى يتوقف على اجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين، فإن كانت موسرة، فلا سكنى لها على الأب، وإن كانت معسرة وجب عليه لها السكنى[1] .

مذهب الظاهرية[2]:

نص ابن حزم على أن المرأة إن كانت في غير عصمة زوجها، وكانت منفسخة النكاح بعد صحته بغير طلاق أو طلقها طلاقا رجعيا، وهو رضيع فلها في كل ذلك على والده النفقة والكسوة بالمعروف فقط، وهو للمطلقة مدة عدتها، فإن كان فقيرا كلفت إرضاع الولد ولا شيء لها على الأب الفقير، فإن غاب وله مال أتبع بالنفقة والكسوة متى قدر عليه أو على مال له، ومثله ما لو امتنع وله مال لقوله تعالى: ﴿ ... **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿٢٣٣﴾ ﴾ (البقرة).

فإن كانت مطلقة ثلاثا، أو أتمت عدة الطلاق الرجعي بوضعه، فليس لها على أبيه إثر طلاقه لها ثلاثا، أو آخر ثلاث، أو إثر تمام عدتها من الطلاق الرجعي إلا أجرة الرضاع فقط لقول الله تعالى: ﴿ ... **وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ... ﴿٦﴾ ﴾ (الطلاق).

فإن رضيت هي بأجرة مثلها، فإن الأب يجبر على ذلك، ولا يلتفت إلى قوله: أنا أجد من يرضعه بأقل أو بلا أجرة، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿ ... **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** ﴿٦﴾ ﴾ (الطلاق) فأوجب الله تعالى لهن الأجرة، إلا مع التعاسر، والتعاسر في لغة العرب فعل من فاعلين، فإذا قنعت هي بأجرتها التي أوجبها الله تعالى لها بالمعروف؟ فلم تعاسره، وإذا لم تعاسره: فهي على حقها في الأجرة المؤتمرة بالمعروف.

فإن لم ترض هي إلا بأكثر من أجرة مثلها وأبى الأب إلا أجرة مثلها، فللأب حينئذ أن يسترضع لولده غيرها بأجرة مثلها، أو بأقل، أو بلا أجرة إن وجد، فإن لم يقبل غير ثديها، أو لا

---

(1) اتفق المالكية على أن ما يخص المحضون من أجرة المسكن فهو على الأب، واختلفوا فيما يخص الحاضنة من أجرة المسكن. ومذهب المدونة الذي عليه الفتوى أن أجرة المسكن على الأب للمحضون والحاضنة معا. وقيل: تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء. وقيل: تكون الأجرة على قدر الرءوس فقد يكون المحضون متعددا. وقيل: للحاضنة السكنى بالاجتهاد، اي على قدر ما يجتهد الحاكم، انظر: حاشية الدسوقي: 2/532.

(2) انظر: المحلى: 10/172.

يجد الأب إلا من لبنها مضر بالرضيع، أو من تضيعه، أو كان الأب لا مال له: فتجبر الأم حينئذ على إرضاعه، وتجبر هي والوالد حينئذ على أجرة مثلها، إن كان له مال، وإلا فلا شيء عليه لقوله تعالى: ﴿ ... لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ... (٢٣٣) ﴾ (البقرة).

وهذا كله واجب عندهم على الوالد في الرضاع من أجرة أو كسوة أو نفقة سواء كان للرضيع مال أو لم يكن، صغيرة كانت أو لم تكن، زوجها أبوها أو لم يفعل بخلاف النفقة على الفطيم أو الفطيمة.

فإن مات الأب فكل ما ذكرنا أنه يجب على الوالد من نفقة أو كسوة أو أجرة فهو على وارث الرضيع إن كان له وارث على عددهم، لا على قدر مواريثهم منه لو مات والأم من جملتهم إن كانت ترثه إن مات، سواء كان للرضيع أو الرضيعة مال أو لم يكن – بخلاف نفقتهما وكسوتهما بعد الفطام لقول الله تعالى: ﴿ ... **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** ... (٢٣٣) ﴾ (البقرة).

فإن ماتت، أو مرضت، أو أضر به لبنها، أو كانت لا لبن لها، ولا مال لها: فإرضاعه على بيت المال – فإن منع فعلى الجيران: يجبرهم الحاكم على ذلك.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن حكمها يختلف بحسب حال الحاضن والمحضون والملزم بأجرة الحضانة، وبيان ذلك أنه إن كانت الحاضن ميسورة الحال، ولم تكن بحاجة شديدة إلى المال، وكان زوجها في نفس الوقت فقيرا أو غير قادر على دفع أجرة لها، وكان المحضون ممن لا ترهق حضانته إرهاقا شديدا بحيث يحبس الحاضن عن القيام بشؤونه، فإن الأرجح في هذه الحالة هو القول الثاني لعدم حاجة الحاضن إلى الأجرة، وتضرر المحضون بدفعها.

أما إن كانت الحاضن محتاجة أو فقيرة، أو قد حبست نفسها على المحضون، وكان في طاقة الزوج دفع أجرة لها، فإن الأرجح في هذا هو وجوب دفع هذه الأجرة، وتتناسب قيمتها بحسب حاله يسرا وعسرا.

أما في الحالة العادية، فإن الواجب على الموسر دفع الأجرة بخلاف المعسر إلا إذا اشتدت حاجة الحاضن، فيجب على المعسر التكلف لدفع أجرة لها، باعتبار الحاضن محبوسة على

مصالح ولده، وقد تنشغل بذلك الحبس عن التسبب في أسباب الرزق، فيجب لها لذلك ما يكفيها عن الانشغال به.

علاقة المحضون بغير الحاضن:

اتفق الفقهاء على أن لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته، وتعهده بما يحتاج إليه، وللمذاهب في ذلك تفاصيل مختلفة لا نرى تناقضها، وهي لا تفرق في أكثر التفاصيل بين الذكر والأنثى، وتفرق في بعضها الآخر، وسنذكر بعض التفاصيل المتعلقة بالجانبين:

إن كان المحضون أنثى:

من الأمور التي ذكرها الفقهاء، وهي متعلقة بالمحضون إن كانت أنثى:

1. أنها تكون عند حاضنها سواء كان أما أو أبا ليلا ونهارا، لأن تأديبها وتعليمها يكون داخل البيت ولا حاجة بها إلى الإخراج.
2. أنه لا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر، لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم، بشرط أن لا يطيل الزائر المقام، لأن الأم بالبينونة صارت أجنبية، والورع إذا زارت الأم ابنتها أن تتحرى أوقات خروج أبيها، وهذا الحق يثبت حتى مع غير الوالد، قال الباجي: (إذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها، ولا يمنع عمتها أن تأتيها، قال مالك في العتبية: ووجه ذلك أن للعمة حقا في مطالعة حالها ومعرفة مجاري أمورها وصحتها وسقمها وما تباشر من عملها للرحم التي بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها)[1].
3. إذا لم يأذن زوج الأم بدخول الأب أخرجتها إليه ليراها، ويتفقد أحوالها، وإذا بخل الأب بدخول الأم إلى منزله أخرجها إليها لتراها، وله منع البنت من زيارة أمها إذا خشي الضرر حفظا لها، وقد حدد الشافعية الزيارة بكونها مرة كل يومين فأكثر لا في كل يوم، ولا بأس أن يزورها كل يوم إذا كان البيت قريبا، وعند الحنابلة تكون الزيارة على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع.

---

(1) المنتقى: 6/186.

قال ابن قدامة مبينا علل ذلك: (إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب، فإنها تكون عنده ليلا ونهارا؛ لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر، من غير أن يخلو الزوج بأمها، ولا يطيل، ولا يتبسط؛ لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر وإن مرضت، فالأم أحق بتمريضها في بيتها)[1].

وقد تشدد بعض الفقهاء في ذلك، فقال: (ولا يمنعه زيارتها لئلا يكلفها الخروج لزيارته، إلا أن يكون أنثى فله منعها زيارتها لتألف الصيانة وعدم البروز، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها والزيارة في الأيام مرة على العادة لا كل يوم، وإذا زارت لا يمنعها الدخول لبيته ويخلي لها الحجرة فإن كان البيت ضيقا خرج ولا تطيل المكث في بيته، وعدم منعها الدخول لازم كما صرح به الماوردي فقال يلزم الأب أن يمكنها من الدخول ولا يولهها على ولدها للنهي عنه وفي كلام غيره ما يفهم عدم الوجوب وبه أفتى ابن الصلاح)[2].

إن كان المحضون ذكرا:

من الأمور التي ذكرها الفقهاء، وهي متعلقة بالمحضون إن كان ذكرا:

1. إن كان عند أبيه كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم، ولا يكلف الأم الخروج لزيارته، والولد أولى منها بالخروج.
2. لو أرادت الأم زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك، لما في ذلك من قطع الرحم، لكن لا تطيل المكث، وإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجه إليها، والزيارة تكون مرة كل يومين فأكثر، فإن كان منزل الأم قريبا فلا بأس أن يزورها الابن كل يوم، كما قاله الماوردي من الشافعية أما الحنابلة فكما سبق تكون الزيارة كل أسبوع.
3. إن كان المحضون الذكر عند أمه كان عندها ليلا، وعند الأب نهارا لتعليمه وتأديبه، فقد نص المالكية على أنه إن كان المحضون عند الأم فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعهده ويعلمه، ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها، قال الباجي: (إذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع الاختلاف إلى أبيه يعلمه، ويأوي إلى الأم رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون، ووجه ذلك أن الابن

---

(1) المغني: 8/ 193.

(2) شرح البهجة: 4/ 407.

محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف وتلك معان إنما تستفاد من الأب فكان الأب أولى بالابن في الأوقات التي يحتاج فيها إلى التعلم، وذلك لا يمنع الحضانة؛ لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشره وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعاني التي تختص مباشرتها بالنساء ولا يستغني الصغير عن من يتولى ذلك له؛ فكان كل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي والقيام بأمره)[1]، وإن كان عند الأب فلها الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتفقد حاله. ولو كانت متزوجة من أجنبي من المحضون فلا يمنعها زوجها من دخول ولدها في بيتها، ويقضى لها بذلك إن منعها.

إن مرض الولد كانت الأم أحق بالتمريض في بيت الأب إن كان عنده ورضي بذلك، وإلا ففي بيتها يكون التمريض، وهذا كما يقول الشافعية وعند الحنابلة يكون التمريض في بيتها ويزوره الأب إن كان التمريض عند الأم مع الاحتراز من الخلوة.

(1) المنتقى: 6/ 186.



الفهرس